

DIE RECHTSSTELLUNG DER DEPOTBANK
IM INVESTMENTGESCHÄFT
nach deutschem und schweizerischem Recht

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
De L' UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

par

Gunter MÜLLER
de

Dorsten/Allemagne
THÈSE N°. 591

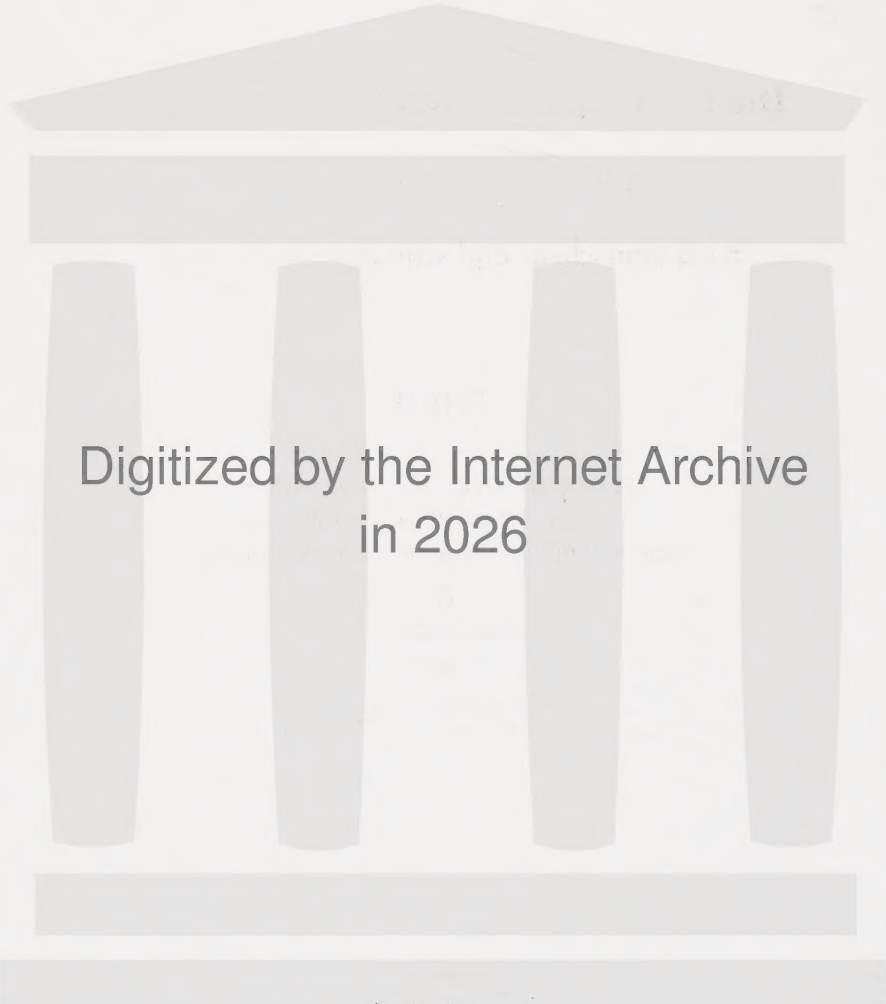
En vente chez:

Neckar- Druck- und Verlagsgesellschaft mbH



7141 Benningen
Schubertstraße 22

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545925_0029

DIE RECHTSSTELLUNG DER DEPOTBANK
IM INVESTMENTGESCHÄFT

nach deutschem und schweizerischem Recht

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
De L' UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

par

Gunter MÜLLER

de

Dorsten/Allemagne

THÈSE N°. 591

En vente chez:

Neckar-Druck- und Verlagsgesellschaft



7141 Benningen
Schubertstr. 22

1969

La faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 24 octobre 1969

Thèse 591

LE DOYEN
Christian DOMINICE



Alle Rechte beim Verlag.
Nachdruck verboten.
Gesamtherstellung:

Neckar- Druck- und Verlagsgesellschaft mbH
 7141 Benningen/Neckar Postfach 35
Telefon 07144/59 70

INHALTSVERZEICHNIS

KAPITEL I

1. ABSCHNITT: DER TATBESTAND

§ 1 DAS INVESTMENTGESCHÄFT	1
I. Die geschichtliche Entwicklung	1
A. Der Grundgedanke des Investmentwesens	1
1. Der Begriff Investmentwesens	1
2. Der Begriff Investmentgeschäft	2
3. Die wirtschaftliche Zuordnung des Investmentgeschäfts	2
B. Die Verwirklichung des Investmentgedankens	3
1. Die Entwicklung in Großbritannien	4
a. Aufbau	4
b. Rechtsformen	5
aa. Der Trust	5
bb. Die Company Limited	6
cc. Die Industrial and Provident Society	8
dd. Rückkehr zum Trust	8
2. Die Entwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika	9
a. Organisationsformen	9
aa. Körperschaftsrechtlicher Aufbau	9
bb. Vertragsrechtlicher Aufbau	10
3. Die Entwicklung in Deutschland und in der Schweiz	13
a. Deutschland	13
aa. Ansätze und Organisationsformen nach dem Ersten Weltkrieg	13
bb. Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg	15
b. Schweiz	16
4. Die Entwicklung in der übrigen Welt	18
II. Die Regelung des Investmentgeschäfts durch den Gesetzgeber in Deutschland und in der Schweiz	19
A. Zweck und Ziel der Gesetzgebung	19
1. Deutschland	19
2. Schweiz	21
B. Der Geltungsbereich der Gesetze	23
1. Der Geltungsbereich des KAGG	23
2. Der Geltungsbereich des AFG	24

a. Unmittelbare Geltung des AFG	24
b. Mittelbare Anwendung des AFG	25
aa. Anwendung des AFG aufgrund der Vollziehungsordnung auf weitere inländische anlagefondsähnliche Sonder- vermögen	25
aaa. Sondervermögen ohne Risikoverteilung	26
bbb. Bedenken der Gesetzmäßigkeit des Art. 5 IIAFV	28
aaaa. Bedenken der Gesetzmäßigkeit des Art. 5 II AFV hinsichtlich des delegierten Gegenstandes	28
bbbb. Bedenken der Gesetzmäßigkeit des Art. 5 II AFV hinsichtlich der Subdelegation	30
bb. Anwendung des AFG aufgrund der Vollziehungsver- ordnung auf ausländische Anlagefonds	31
3. Unterschiedliche Erfassung des Investmentgeschäftes in KAGG und AFG	31
a. Sitz des Investmentunternehmens	31
b. Öffentliche Werbung	32
c. Art der Kapitalaufbringung	33
d. Art der Anlagen	33
e. Grundsatz der Risikoverteilung	34
f. Handeln im eigenen Namen	34
g. Fremdverwaltung	34
h. Getrennte Verwahrung von Investmentfonds	35
i. Ausstellung von Anteilscheinen	35
j. Zusammenfassung	35
C. Die Terminologie im Investmentgeschäft und in den Gesetzen	36
III. Die gesetzlichen Grundlagen des Investmentgeschäftes in Deutschland und in der Schweiz	37
A. Gesetzliche Grundlagen im deutschen Recht	38
B. Gesetzliche Grundlagen im schweizerischen Recht	38
IV. Die wirtschaftliche Bedeutung des Investmentge- schäftes	38
A. Die Ausweitung des Kapitalmarktes	38
B. Gewichtsverlagerung im Kapitalmarkt auf institutio- nelle Anleger	39

C. Beherrschung von Unternehmen	40
D. Entwicklungen im Investmentgeschäft	41
§ 2 DIE ROLLE DER DEPOTBANK IM INVESTMENTGESCHÄFT	42
I. Die Beteiligten am Investmentgeschäft	42
II. Die Beteiligung der Depotbank	43
A. Zwingende Beteiligung der Depotbank in Deutschland	43
B. Subsidiäre Beteiligung der Depotbank in der Schweiz	43
1. Verschiedene Alternativen vor Erlass des AFG	44
2. Die gesetzliche Regelung der Subsidiarität	45
3. Faktische Beteiligung der Depotbank in der schweizerischen Investmentpraxis	46
III. Die Aufgabe der Depotbank im Investmentgeschäft	47
A. Die Funktionen der Depotbank nach dem KAGG	47
B. Die Funktionen der Depotbank nach dem AFG	48
§ 3 DIE RECHTSSTELLUNG DER DEPOTBANK ALS GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG	49
I. Bestimmungsfaktoren für die Rolle der Depotbank	49
A. Die Rechtsordnung	49
B. Die wirtschaftliche Entwicklung	50
II. Vergleich der Rechtsstellung der Depotbank im deutschen und schweizerischen Investmentgeschäft	50
A. Die Aufgabe	
B. Das Investmentgeschäft als Ergebnis von Rechtsvergleichungen	51
C. Die Rechtsvergleichung im Rahmen der Untersuchung	52

KAPITEL II

DIE RECHTSVERHÄLTNISSE IM DREIECKSVERHÄLTNIS DEPOT- BANK - INVESTMENTUNTERNEHMEN - ANLEGER	54
---	----

1. TEIL:

DAS DREIECKSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT	54
---	----

1. ABSCHNITT:

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - KAPITALANLAGE- GESELLSCHAFT	54
---	----

§ 1 DIE VERTRAGSPARTEIEN	54
--------------------------	----

I. Die Kapitalanlagegesellschaften	54
------------------------------------	----

II. Die Depotbank	55
-------------------	----

§ 2 RECHTSNATUR UND INHALT DES RECHTSVERHÄLT- NISSES	56
---	----

I. Abgrenzung des Depotbankvertrages vom allgemeinen Bankvertrag und den Allgemeinen Geschäftsbedingun- gen	58
---	----

A. Der Bankvertrag	58
--------------------	----

B. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen	60
---	----

C. Die Rechtsgrundlagen in der Geschäftsverbindung und der Bankvertrag	62
---	----

D. Der Depotbankvertrag als besonderer Bankvertrag	64
--	----

II. Die Pflichten der Depotbank	64
---------------------------------	----

A. Die Verwaltung des Investmentfonds	65
---------------------------------------	----

1. Die Verwaltungsbefugnisse am Investmentfonds	65
---	----

a. Der Ausschluß der Anleger	65
------------------------------	----

b. Die arbeitsteilige Verwaltung durch die Fondsverwalter	65
---	----

c. Die Ersatzverwaltung durch die Depotbank	66
---	----

2. Die Verwahrung des Investmentfonds	66
---------------------------------------	----

a. Der Investmentfonds	67
aa. Der Investmentfonds als Sondervermögen	67
bb. Die Gegenstände des Investmentfonds	67
aaa. Zulässige Gegenstände	67
aaaa. Qualitative Risikoverteilung	68
bbbb. Quantitative Risikoverteilung	69
bbb. Unzulässige Gegenstände	70
aaaa. Gegen das KAGG verstoßende Anlagen	70
bbbb. Gegen die Vertragsbestimmungen verstoßende Anlagen	71
cc. Der Erwerb von Vermögenswerten für den Investmentfonds	72
aaa. Erwerb aufgrund der Einzahlungen der Anleger	72
bbb. Erwerb aufgrund der Anlagentätigkeit der Kapitalanlagegesellschaften	78
b. Vorgeschriebene und zulässige Verwahrungsarten	82
aa. Die Verwahrung der Bankguthaben	82
aaa. Bankguthaben	82
bb. Die Verwahrung der Wertpapiere	84
cc. Die Verwahrung sonstiger Vermögenswerte	87
ccc. Der Zeitpunkt der Inverwahrnahme der Vermögenswerte	88
d. Die Verwaltungspflichten bei der Verwahrung	89
e. Die Rechtsnatur der Verwahrungspflicht	90
3. Die Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen	94
a. Die Ausgabe von Anteilscheinen	94
b. Die Rücknahme von Anteilscheinen	95
aa. Die Beauftragung der Depotbank mit der Rücknahme	95
bb. Der Tatbestand der Rücknahme	96
cc. Die Wirkung der Rückgabe	97
dd. Die Art der Auszahlung	98
c. Eigenerwerb statt Rücknahme	99
aa. Eigenerwerb der Kapitalanlagegesellschaft	99
bb. Erwerb durch die Depotbank	100
d. Die Rechtsnatur der Ausgabe- und Rücknahmepflicht	102
4. Die Abwicklung der Anlagegeschäfte	103
a. Gesetzliche Mindestanforderungen	103
c. Der Übergang der Gegenwerte in den Investmentfonds	106
d. Rechtsnatur und Rechtsgrundlagen der Abwicklungspflicht	108
5. Die Unterzeichnung der Anteilscheine	110
6. Die Ausschüttung der Gewinnanteile an die Anleger	111

7. Die Zahlung von Vergütungen und Aufwendungen	111
a. Die eigentliche Vergütung	112
b. Der Aufschlag bei Ausgabe und der Abschlag bei Rücknahme von Anteilscheinen	112
c. Die Aufwendungen der Kapitalanlagegesellschaft	113
aa. Ausgabe- und Rücknahmekosten	114
bb. Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft	115
d. Die Rechtsnatur der Zahlungspflicht	118
8. Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung	118
a. Berechnung des Wertes des Investmentfonds	118
b. Statuserstellung	119
c. Anteilscheinbuch	119
d. Auskunftsberechtigte	120
e. Rechtsnatur der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht	120
9. Beratungspflicht	120
10. Sonstige Pflichten	122
B. Die Ersatzverwaltung des Investmentfonds	122
1. Das Erlöschen des Verwaltungsrechts der Kapitalanlagegesellschaft	122
a. Kündigung der Verwaltung des Investmentfonds durch die Kapitalanlagegesellschaft	123
b. Kündigung der Verwaltung des Investmentfonds durch die Depotbank	123
c. Auflösung der Kapitalanlagegesellschaft	124
2. Der Inhalt der Ersatzverwaltung	
a. Sonderrechtsnachfolge	126
b. Verbot des Neuabschlusses von Investmentverträgen	128
c. Verbot der Rücknahme von Anteilscheinen	128
d. Beschränktes Dispositionsrecht über den Investmentfonds	129
e. Übertragung der Verwaltung des Investmentfonds auf eine andere Kapitalanlagegesellschaft	131
f. Abwicklung und Verteilung des Investmentfonds	132
aa. Keine Teilung in Natur	133
bb. Modalitäten der Abwicklung und der Verteilung	134
3. Abschluß eines neuen Depotbankvertrages	135
C. Die Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft	137

1. Inhalt und Rechtsnatur der Kontrollpflicht	138
2. Der Umfang der Kontrolle und der Befugnisse der Depotbank	139
3. Der Gegenstand der Kontrollpflicht	142
a. Zulässigkeit der Anlagen	142
b. Anzeigen an die Bankaufsichtsbehörde	142
c. Grundlagen der Festsetzung von Ausgabe- und Rücknahme- preis	143
d. Einhaltung der Erwerbs- und Verfügungsschranken	143
e. Stimmrechtsausübung	144
f. Eigengeschäfte	145
4. Geschäftspolitik und Umsatzhäufigkeit	145
 D. Die Geltendmachung von Ansprüchen der Anleger	 146
1. Die Ansprüche der Anleger	147
2. Rechtszuständigkeit und Prozeßstandschaft	147
a. Außergerichtliche Wahrnehmung	148
b. Gerichtliche Geltendmachung	151
3. Kündigung der Investmentverträge	153
 III. Die Pflichten der Kapitalanlagegesellschaft	 153
A. Allgemeine Verhaltenspflichten	153
1. Auskunft zur Person und über die Organe	154
2. Sorgfalt bei der Inanspruchnahme der Depotbank	154
3. Unterhaltung eines ausreichenden Guthabens	154
B. Die Beteiligung der Depotbank an der Fonds- verwaltung	 155
1. Ermöglichung der Inverwahrnahme der Fondswerte	156
a. Anteilscheinverkehr	156
b. Mindestbeteiligung bei den Anlagegeschäften	157
c. Auskunft über die Anlagegeschäfte	157
d. Auskunft über sämtliche Fondswerte	157
2. Auskunft hinsichtlich der aufsichtsbehördlichen Anzeige	158
3. Auskunft über die Vollstreckung in einen Fondsgegenstand	158
C. ZAHLUNG VON VERGÜTUNG UND AUFWENDUNGS- ERSATZ	 158
1. Der Vergütungsanspruch der Depotbank	158

IV. Die Rechtsnatur des Depotbankvertrages	161
§ 3 ZUSTANDEKOMMEN DES DEPOTBANKVERTRAGES	163
I. Die Auswahl der Depotbank	163
II. Die Genehmigung der Vertragsbedingungen	164
III. Der Abschluß des Depotbankvertrages	164
§ 4 ÄNDERUNG DES DEPOTBANKVERTRAGES	165
I. Gesetzliche Schranken	166
II. Ausrichtung am Interesse der Anleger	166
§ 5 BEENDIGUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES	166
I. Der Wechsel der Depotbank	166
A. Ausscheiden der alten Depotbank	167
B. Beauftragung der neuen Depotbank	168
II. Der Ablauf des Depotbankvertrages	168
III. Die Kündigung des Depotbankvertrages	168
IV. Die Ersatzverwaltung der Depotbank	169
§ 6 LEISTUNGSSTÖRUNGEN	169
I. Leistungsstörungen der Depotbank	171
II. Leistungsstörungen seitens der Kapitalanlage- gesellschaften	174
2. ABSCHNITT: DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - ANLEGER	176
§ 1 DER ANLEGER	176
I. Anspruch auf Ausgabe eines Anteilscheines	177
II. Nachweis der Anlegereigenschaften	178
III. Das Verhältnis zu den übrigen Anlegern	179
§ 2 DIE RECHTSNATUR	180
I. Die Depotbank als Erfüllungsgehilfe oder Unter-	

beauftragter der Kapitalanlagegesellschaft	180
II. Zur Frage eines Vertrages zugunsten Dritter	186
§ 3 DER INHALT DES RECHTSVERHÄLTNISSES	188
§ 4 LEISTUNGSSTÖRUNGEN	189
I. Leistungsstörungen seitens der Depotbank	189
A. Geltendmachung durch die Kapitalanlagegesellschaft	190
B. Geltendmachung durch den Anleger	190
C. Geltendmachung gegen eine frühere Depotbank	192
II. Leistungsstörungen seitens des Anlegers	192
2. TEIL:	
DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT	193
1. ABSCHNITT	
DIE RECHTSNATUR DES DREIECKVERHÄLTNISSES	193
2. ABSCHNITT	196
DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - FONDSLEITUNG	196
§ 1 DIE VERTRAGSPARTEIEN	196
I. Die Fondsleitung	196
II. Die Depotbank	197
§ 2 DIE NATUR DES RECHTSVERHÄLTNISSES	199
§ 3 DER INHALT DES DEPOTBANKVERTRAGES	203
I. Die Gesellschafterstellung der Depotbank	203
A. Festlegung durch das AFV	204
B. Festlegung durch das Fondsreglement	204
C. Einfluß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	204
D. Vertragliche Vereinbarungen außerhalb des Fondsreglements	205
II. Die Verwaltungsrechte der Depotbank	206

A. Die Verwaltung des Investmentfonds	207
1. Die Verwaltungsbefugnisse am Investmentfonds	207
a. Der Ausschluss der Anleger	207
b. Die arbeitsteilige Verwaltung durch Fondsleitung und Depotbank	207
c. Das Ersatzverwaltungsrecht des Sachverwalters	208
2. Die Aufbewahrung des Investmentfonds	208
a. Der Investmentfonds als Sondervermögen	209
b. Die Gegenstände des Investmentfonds	209
aa. Qualitative Eignung	210
bb. Quantitative Eignung	211
cc. Verletzung der Anlagevorschriften	212
c. Der Erwerb von Vermögenswerten für den Investmentfonds	213
aa. Erwerb von Forderungen	213
bb. Erwerb beweglicher Sachen	214
a. Erwerb von Grundstücken	215
d. Vorgeschriebene und zulässige Verwahrungsarten	216
aa. Die Aufbewahrung der flüssigen Mittel	216
bb. Die Verwahrung von Wertpapieren und Beweisurkunden	217
cc. Die Aufbewahrung von Immobilienwerten	219
dd. Die Aufbewahrung sonstiger Fondswerte	220
ee. Die Aufbewahrung der Aktiva einer Immobilien-	
gesellschaft	220
e. Der Zeitpunkt der Inverwahrnahme des Investmentfonds	223
f. Verwaltungspflichten bei der Aufbewahrung des Investmentfonds	223
g. Die Rechtsnatur der Aufbewahrungspflicht	224
3. Die Ausgabe- und Rücknahme von Anteilscheinen	225
a. Die Ausgabe von Anteilscheinen	225
b. Die Rücknahme der Anteilscheine	226
aa. Die Voraussetzungen der Rücknahme	226
bb. Die Mitwirkung der Rücknahme	227
cc. Die Fälligkeit des Auszahlungsanspruches	227
c. Erwerb durch die Fondsleitung oder Depotbank statt Rücknahme	229
4. Die Durchführung des Zahlungsverkehrs für den Anlagefonds	229
a. Der Umfang des depotbankpflichtigen Zahlungsverkehrs	229
b. Die Zahlung von Vergütung und Aufwendungsersatz an die Fondsleitung und die Depotbank	230
c. Die Verfügungsbefugnis der Fondsleitung und das Retentionsrecht der Depotbank	232

5. Die Beteiligung bei der Abwicklung der Anlagegeschäfte	233
6. Buchführungspflicht	234
7. Die Unterzeichnung der Anteilscheine	235
8. Die Auskunftserteilung	235
9. Die Beratung der Fondsleitung	235
 B. Die Kontrolle der Fondsleitung	 236
1. Der Inhalt der Kontrollbefugnis	237
2. Der Umfang der Kontrollbefugnis	238
3. Der Gegenstand der Kontrollpflicht	239
a. Zulässigkeit der Anlagen	240
b. Anteilscheinverkehr	240
c. Ausgabe- und Rücknahmekosten der Anteilscheine sowie Vergütung und Aufwandsersatz der Fondsleitung	241
d. Erwerbs- und Verfügungsbeschränkungen	241
e. Eigengeschäfte	242
 II. Die Geschäftsführungsbefugnisse der Fondsleitung	 243
 § 4 DAS ZUSTANDEKOMMEN DES DEPOTBANKVERTRAGES	 244
I. Die Aufstellung des Fondsreglements	244
II. Der Abschluss des Depotbankvertrages	245
 § 5 DIE ÄNDERUNG DES DEPOTBANKVERTRAGES	 245
I. Der Antrag auf Änderung des Fondsreglements	247
II. Die Änderung des Fondsreglements	247
III. Der Zeitpunkt der Änderung des Depotbankvertrages	249
 § 6 DIE BEENDIGUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES	 249
I. Der Wechsel der Depotbank	249
A. Die Voraussetzungen des Depotbankwechsels	250
1. Genehmigung des Übernahmevertrages	250
2. Voraussetzungen der aufsichtsbehördlichen Übertragung	251
3. Die Übertragung der Rechte und Pflichten	252
1. Übernahmevertrag	252
2. Übertragung durch die Aufsichtsbehörde	253
C. Veröffentlichung des Depotbankwechsels	254

II. Der Wechsel der Fondsleitung	255
III. Die Beendigung der Fondsverwaltung	256
A. Die Auflösung und Liquidation des Investmentfonds	256
B. Die Auswirkung auf den Depotbankvertrag	257
§ 7 STÖRUNGEN DES RECHTSVERHÄLTNISSES	257
3. ABSCHNITT:	
DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - ANLEGER	258
§ 1 DER ANLEGER	
I. Anspruch auf Ausgabe eines Anteilscheines	258
II. Legitimation	258
III. Das Verhältnis zu den übrigen Anlegern	259
§ 2 DIE NATUR DES RECHTSVERHÄLTNISSES	260
§ 3 DER INHALT DES RECHTSVERHÄLTNISSES	260
I. Die Pflichten der Depotbank	261
A. Die Aufbewahrung des Investmentfonds	261
B. Die Verwaltung des Fondsvermögens	261
C. Die Kontrolle der Fondsleitung	262
D. Auskunftserteilung	263
E. Die Treuepflicht	265
II. Die Pflichten der Anleger	267
A. Die Zahlung des Ausgabepreises	267
B. Die Zahlung der Vergütung und des Aufwendungs- ersatzes	269
§ 4 DIE BEGEGNUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES	270
I. Abschluss des Kollektivanlagevertrages	270
II. Zweiterwerb des Anteilscheines	270
§ 5 DIE ÄNDERUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES	271
I. Änderung des Fondsreglements	271

II. Depotbankwechsel	271
III. Einsetzung eines Sachwalters	272
IV. Übertragung des Anteilscheines	273
§ 6 BEENDIGUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES	273
I. Beendigung auf Seiten des Anlegers	273
II. Beendigung auf Seiten der Depotbank	274
§ 7 LEISTUNGSSTÖRUNGEN	275
I. Leistungsstörungen seitens des Anlegers	275
II. Leistungsstörungen auf Seiten der Depotbank	276
 3. TEIL: VERGLEICH BEIDER DREIECKVERHÄLTNISSE	
§ 1 DIE RECHTLICHE STRUKTUR DER BETEILIGUNG DER DEPOTBANK AM INVESTMENTGESCHÄFT	278
§ 2 DIE FUNKTIONEN DER DEPOTBANK	279
§ 3 DIE DEPOTBANK ALS RECHTLICHER TYPUS DES INVESTMENTGESCHÄFTES	280
 KAPITEL III	
 DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN MEHREREN DEPOTBANKEN	
I. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT	
I. Das Verbot mehrerer Depotbanken	281
II. Die Rechtsstellung anderer beteiligter Banken	281
2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT	
I. Die Beteiligung mehrer Depotbanken	283
A. Gründe	283
B. Voraussetzungen	284
II. Natur und Inhalt des Rechtsverhältnisses	285
III. Die Haftung der mehreren Depotbanken	286

3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG	287
--	-----

KAPITEL IV

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - DRITTVERWAHRER	288
1. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT	288
I. Die Zulässigkeit der Drittverwahrung	288
II. Natur und Inhalt des Rechtsverhältnisses	289
2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT	290
I. Die Zulässigkeit von Hinterlegungsstellen	290
II. Natur und Inhalt des Rechtsverhältnisses	291
III. Die Stellung der Hinterlegungsstellen im Dreiecks- verhältnis	292
3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG	294

KAPITEL V

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - GLÄUBIGER	294
1. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT	295
I. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Kapital- anlagegesellschaften	295
A. Aufrechnung mit zum Investmentfonds gehörenden Forderungen	295
B. Vollstreckung in Gegenstände des Investment- fonds	296
1. Zwangsvollstreckung	296
2. Konkurs der Kapitalanlagegesellschaft	297

C. Vollstreckung in Forderungen der Kapitalanlage- gesellschaften	298
II. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Depot- bank	298
III. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Anleger	299
2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEI- ZERISCHEM RECHT	299
I. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Fondsleitung	300
A. Verrechnung einer Schuld der Fondsleitung mit der Fondsforderung	300
B. Betreibungsverfahren gegen die Fondslei- tung	301
II. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Depotbank	303
III. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Anleger	303
IV. Betreibungsverfahren gegen Immobiliengesell- schaften	304
3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEIZE - RISCHEN LÖSUNG	304

KAPITEL IV

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - PRÜFER	306
1. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT	
I. Die Bestellung der Prüfer	306
II. Der Umfang der Prüfungen	306
2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT	307
I. Die Bestellung der Revisionsstelle	307
II. Der Umfang der Prüfungen	309

KAPITEL VII

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK AUFSICHTSBEHÖRDE

1. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT

I. Die Aufsichtsbehörde	
II. Die Natur des Rechtsverhältnisses	312
III. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses	
A. Der Widerspruch gegen die Auswahl der Depotbank	313
B. Aufsicht und Prüfung	314
C. Die Anordnung des Depotbankwechsels	315
D. Untersagung der Investment-Geschäftstätigkeit der Depotbank	315
E. Abberufung von Geschäftsleitern und einstweiligen Anordnungen	316
F. Zur Frage der Gewähr eines Rückzahlungsverfahrens	316

2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT 318

I. Die Aufsichtsbehörde	
II. Die Natur des Rechtsverhältnisses	319
III. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses	319
A. Die Bewilligung der Beteiligung an der Fondsverwaltung	319
B. Die Genehmigung des Fondsreglements	320
C. Die Meldung ausländischer Hinterlegungsstellen	322
D. Aufsicht und Prüfung	323
E. Der Entzug der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit	323
F. Die Ersetzung einer Hinterlegungsstelle	324

F. Die Ersetzung einer Hinterlegungsstelle	324
G. Sonstige Maßnahmen	325
H. Die Gewähr eines Rückzahlungsaufschubes	325
3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEI- ZERISCHEN LÖSUNG	326
KAPITEL VIII	
DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - WERTPAPIERAUSSTELLER	
I. Die Rechte der Depotbank	327
B. Sonstige Rechte	329
II. Die Pflichten der Depotbank	329
IX. ZUSAMMENFASSUNG	330
LITERATURVERZEICHNIS	333
MATERIALIEN	345
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XVIII

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Die Abkürzungen sind, soweit dort aufgenommen, nach Kirchner, H., Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1966, zitiert.

a.	auch
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abtlg.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 1.7.1967 (AS 1967, 115)
AFV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 20.1.1967 (AS 1967, 135)
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, in der Fassung von 1955, abgedruckt u.a. bei Baumbach-Duden, § 406 Anh. II
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I 1089)
Altern.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
Aufl.	Auflage
Bank-Betrieb	Der Bank-Betrieb, Köln
Banken G	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen v. 8.11.1934 (BS 10, 337)
BB	Der Betriebsberater, Heidelberg
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
betr.	betreffend
BewG	Bewertungsgesetz vom 16.10.1934 (RGBl. I 1035) mit Änderungen
BG	Bundesgesetz
BG	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.1.1896 (RGBl. 195), mit Änderungen bis zum 24.3.1966 (BGBl. I 181)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (1950; ab 1951 Teil I u. II)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Bl.	Blatt

BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BR	Bundesrat
BS	Bereinigte Sammlung der schweizerischen Bundesgesetze und Verordnungen (1848-1947)
BT	Bundestag
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb, Düsseldorf
DepG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz) vom 4.2.1937 (RGBl. I 171)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E	Entwurf des Bundesgesetzes über die Anlagefonds, in Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 23.11.1965 (BBl. 1965 III 258)
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
f.(ff.)	folgende (Seite(n))
F. A. Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland, Frankfurt
Fussn.	Fussnote
F. u. W.	Finanz und Wirtschaft, Zürich
gl. A.	gleicher Ansicht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH G	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892 (RGBl. S. 477)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (RGBl. S. 219) mit Änderungen bis zum 6.9.1965 (RGBl. I 1185)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
ICA	Investment Company Act (USA) von 1940
i.e.S.	im engeren Sinne
i.F.	in der Fassung
IherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
i.S. (d.)	im Sinne (des, der)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JuS	Juristische Schulung, München und Frankfurt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung (1951 ff.)
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16.4.1957 (BGBl. I 378), mit Änderungen bis zum 20.1.1965 (BGBl. I 12)
KAGV	Verordnung zur Durchführung steuerrechtlicher Vorschriften des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 20.5.1958 (BGBl. I 381) i.F. vom 24.5.1961 (BGBl. I 617)
KG	Kammergericht Berlin
KO	Konkursordnung vom 10.2.1877 (RGBl. S. 351), mit Änderungen

	bis zum 18.6.1957 (BGBl. I 609)
KV	Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkurs- ämter vom 13.7.1911 i.F. vom 24.4.1961
KVStG	Kapitalverkehrssteuergesetz i. d. F. vom 22.9.1955 (BGBl. I 590)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen vom 10.7.1961 (BGBl. I 881), mit Änderungen bis zum 22.1.1964 (BGBl. I 33)
LG	Landgericht
litt.	littera
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Linden- maier-Möhring (1951 ff.)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (1947 ff.)
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (1947/48 ff.)
Nr.	Nummer
N.Z.Z.	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30.3.1911 und 18.12.1936
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24.5.1968 (BGBl. I 481)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel (1927 ff.)
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt (1871 ff.; ab 1922-1945 Teil I. u. II.)
RGR-Komm.	Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Handels- gesetzbuch
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
RPfl.	Der Deutsche Rechtspfleger
s.	siehe
S.	Seite
S.	Satz
s. a. (u., o.)	siehe auch (unten, oben)
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich
sec.	section
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889 (BS 3, 3) i.F. vom 28.9.1949 (AS 1950, 57)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJ	La Semaine Judiciaire, Genf
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek, Genf
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
str.	streitig
s. u.	siehe unten
u. a.	unter anderem

u. a.	und andere
U.S.C.	United States Code, Ausgabe 1952
v.	vom, von
V	Verordnung
VE	Entwurf des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartments vom 1.5.1961 zu einem Bundesgesetz über die Anlagefonds (Vorentwurf)
vgl.	vergleiche
vgl. a. (u., o.)	vergleiche auch (unten, oben)
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl. I 17)
VwVG	Verwaltungs- und Vollstreckungsgesetz vom 27.4.1953 (BGBl. I 157)
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Frankfurt, Teil IV B, Wertpapier- und Bank- fragen, Rechtsprechung
WuR	Wirtschaft und Recht, Zürich
z.	zum, zur
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZfgKw.	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, Frankfurt
ZfHK	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Stuttgart
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung vom 30.1.1887 (RGBl. S. 83), mit Änderungen bis zum 15.9.1965 (BGBl. I 1356)

KAPITEL I

1. ABSCHNITT: DER TATBESTAND

Gegenstand der Untersuchung ist die Rechtsstellung der Depotbank im deutschen und im schweizerischen Investmentgeschäft. In beiden Ländern hat sich das Investmentgeschäft an der Entwicklung des Investmentwesens im anglo-amerikanischen Raum orientiert und erhielt seine Ausformung in Spezialgesetzen, dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) vom 16.4.1957 bzw. dem Bundesgesetz über die Anlagefonds (AFG) vom 1.7.1966.

§ 1 DAS INVESTMENTGESCHÄFT

I. Die geschichtliche Entwicklung

Für die Praxis des deutschen und des schweizerischen Investmentgeschäfts hat die Entwicklung dieser Kapitalmarktgeschäfte im anglo-amerikanischen Bereich besondere Bedeutung gehabt; so hat auch der Gesetzgeber die in anderen Ländern zu verzeichnende Entwicklung und gesetzliche Regelung des Investmentgeschäftes verwertet. (1) Ein Vergleich des Investmentgeschäftes in benachbarten Rechtsordnungen kann daher für Auslegungsfragen der zu untersuchenden Investmentgesetze Anhalt geben. (2) Die geschichtliche Entwicklung des Investmentwesens soll somit kurz beleuchtet werden.

A. Der Grundgedanke des Investmentwesens

1. Der Begriff Investmentwesen

Das Investmentwesen umfaßt einen Bereich wirtschaftlicher Betätigung des Menschen. Es hat die Vermögensanlage nach dem Grundsatz der Risikoverteilung, die Anlage von Geldkapital in Sachkapital, und zwar in Beteiligungsrechten an Wirtschaftsunternehmen, in verbrieften Forderungsrechten oder in Grundstücken zum Inhalt.

Der Grundsatz der Risikoverteilung kann als das tragende Element des Investmentwesens bezeichnet werden. (3) Er bedeutet zweierlei: Einmal wird das

(1) S. u. S. 3' ff.

(2) S. u. S. 51.

(3) Es handelt sich um ein notwendiges Merkmal des Investmentbegriffes.

Vgl. BR-Drucksache 489/68, S. 17 Sp. 2; Hoppenstedt, S. 725 f.

Vgl. a. Art. 2 I AFG i. V. m. Art. 5 AFV; Schuster, Art. 2 Anm. 3.

Risiko der Kapitalanlage dadurch gemindert, daß der Fonds aus mehreren verschiedenen Anlagen gebildet wird, wobei das Risiko der einzelnen Anlage erneut begrenzt werden kann, wenn etwa die Beteiligung am einzelnen Unternehmen selbst wieder beschränkt wird; damit unterscheidet sich ein Investmentunternehmen von einem Holdingunternehmen. Zum anderen wird das Risiko der Kapitalanlage in einem Investmentfonds auf ein Kollektiv von Anlegern aufgeteilt; damit unterscheidet sich das Investmentgeschäft von sonstigen individuellen Kapitalmarktgeschäften.

2. Der Begriff Investmentgeschäft

Der Begriff Investmentgeschäft bezeichnet einen Teilbereich des Investmentwesens; er beinhaltet die gewerbliche Investmenttätigkeit und läßt sich folgendermaßen umschreiben: Das Investmentgeschäft ist die Anlage von Kapital für Rechnung eines Kollektivs von Anlegern nach dem Grundsatz der Risikoverteilung durch ein hierauf spezialisiertes Unternehmen (Investmentunternehmen), das - zumeist in Zusammenarbeit mit einer Treuhandstelle (Depotbank) - die Verwaltung übernimmt und den Anlegern gegen Einlage negoziabler Anteilsscheine zu übergeben sowie gegebenenfalls auf Verlangen ihren Anteil am Anlagekapital (Investmentfonds) auszuzahlen hat. (4)

Damit fallen unter den Begriff des Investmentgeschäftes nicht mehr die sogenannten Investmentclubs. (5)

3. Die wirtschaftliche Zuordnung des Investmentgeschäftes

Das Investmentgeschäft ist dem Kapitalmarkt zuzuordnen. Denn es handelt sich um die Anlage von Geldkapital in Sachen und Rechten, die in normalen wirtschaftlichen Zeiten eine relativ einheitliche Bewertung erfahren, damit eine generelle Verwertbarkeit genießen und infolgedessen ziemlich gleichbleibende Erträge abwerfen. (6)

Die Beteiligung an einem Investmentfond bringt für den Anleger eine gewisse

- (4) Der Begriff des Investmentgeschäftes wird hier rein wirtschaftlich verstanden. Er bezeichnet damit weder notwendig ein Bankgeschäft, noch das Investmentgeschäft im engen Rahmen der §§ 1 KAGG, 1 i KWG.
- (5) Investmentclubs, etwa in der Organisationsform des Vereins, sind zwar wirtschaftlich tätig, jedoch fehlt ihnen, um als „Gewerbe“ qualifiziert werden zu können, die Intention der erwerbsmäßigen Betätigung. Vgl. zu diesem Merkmal Capelle, S. 8.
- (6) Vgl. Kalveram-Günther, S. 46 f.; s.a. Botschaft, S. 272 ff.

Kapitalwertsicherung sowie gegebenenfalls die nur dem Effektingeschäft eignende leichte Realisierbarkeit der Kapitalanlage durch die jederzeitige Rückgabemöglichkeit der Anteilscheine zur Auszahlung der Beteiligung. Für den Anleger ist die Beteiligung an einem Investmentfonds aber nicht nur die Substitution der vom Investmentunternehmen vorgenommenen und ihm gleichfalls möglichen individuellen Kapitalanlagen in Wertpapieren und Immobilien durch negoziabile und fungible bzw. quasifungible Wertpapiere, (7) für ihn ist von besonderer Bedeutung, daß er durch die spezialisierte und sachkundige Fremdverwaltung der Kollektivanlage eine besondere Chance auf Kapitalwertsteigerung und Ertragnerhöhung hat.

Das Investmentwesen wird für die Partner der Anleger, ein Investmentunternehmen und zumeist auch eine Depotbank, welche für die Anleger die Verwaltung des Investmentfonds gemäß besonderer Vereinbarungen gegen Vergütung besorgen, zum Investmentgeschäft. In Deutschland und in der Schweiz ist das Investmentgeschäft ein Bankgeschäft. (8) Dabei unterscheidet sich das Investmentgeschäft vom Spargeschäft dadurch, daß der Sparer seine Einlage gegen einen festen Zins der Bank als Darlehen zur Verfügung stellt und die Bank diese Einlage für eigene Rechnung nutzt, während beim Investmentgeschäft der Anleger mit seiner Einlage einen Anspruch auf das wirtschaftliche Ergebnis der für das Kollektiv der Anleger verwalteten Beteiligung erhält, die Banken und die sonst am Investmentgeschäft Beteiligten aber auf das im voraus festgesetzte Entgelt beschränkt sind.

B. Die Verwirklichung des Investmentgedankens

Als Ahn des Investmentwesens wird allgemein die 1822 in Brüssel gegründete „Société de Belgique“ - unter ihrer damaligen Firma „Société Générale des Pays-Bas“ - genannt. (9) (10) Die Effektensubstitution war indes nur eines

- (7) Anteilscheine von Investmentfonds werden grundsätzlich nicht zum Börsenhandel zugelassen; jedoch ist in der Schweiz die Zulassung der Anteilscheine geschlossener Anlagefonds gestattet, die dadurch fungible Effekten werden. Ein wirtschaftlich ähnliches Ergebnis zeitigt auch das jederzeit gegenüber dem Investmentunternehmen ausübbares Rückgaberecht der Inhaber von Anteilscheinen sowie der üblicherweise von dem Investmentunternehmen nahestehenden Banken unterhaltene außerbörsliche Markt.
- (8) § 1 I i. V. m. § 2 I u. § 11 I KAGG; Art. 3 II u. Art. 5 III AFG. Vgl. auch § 1 I 2 Ziff. 6 KWG, der das Investmentgeschäft ausdrücklich als Bankgeschäft anführt.
- (9) Vgl. Liefmann, S. 148 ff.; Wendt, S. 1 mit weiteren Nachweisen.
- (10) Ihr folgten vereinzelte andere Effektensubstitutionsgesellschaften: 1835 die „Banque de Belgique“ und 1852 die „Société Générale de Credit mobilier“, beide in Brüssel, und 1849 die erste schweizerische Kapital-

unter den vielen Bankgeschäften und diente im Rahmen der Orientierung des Bankwesens zu jener Zeit von der Zielsetzung her der Industriefinanzierung. Da aber die umgekehrte Intention fehlt, dem Publikum eine neue Kapitalanlagemöglichkeit zu bieten, ist hier der Ursprung des Investmentgeschäftes noch nicht zu setzen. (11)

1. Die Entwicklung in Großbritannien

Schottische Anwälte und Vermögensverwalter waren in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts die ersten, die das Investmentgeschäft im Hinblick auf die Interessenlage des kapitalanlagesuchenden Publikums aufnahmen, welches nicht nur in den mit ca. 3 % rentierenden englischen Staatsobligationen sein Kapital anlegen wollte, sondern sich mehr und mehr für kontinentale und nordamerikanische Anleihen interessierte, die mit etwa doppelt hoher Verzinsung ausgestattet waren, manchem Kapitalanleger aber auch ein schwer abschätz- und tragbares Risiko bedeuteten. (12) So wurde das breite Publikum öffentlich aufgefordert, durch Zeichnung an den von diesen Vermögensverwaltern gegründeten „Investment Trusts“ oder „Investment Companies“ teilzunehmen. Der Gedanke der kollektiven Kapitalanlage war geboren.

1860 enthält der Londoner Kurszettel die erste Notiz eines Investmentfonds, der „Scottish-American Investment Company“, die bereits mit einem Kapital von 2 Millionen Pfund Sterling ausgestattet war. (13)

a. Aufbau

Nach einem Rückschlag in den 90er Jahren gewannen die bald in ganz Großbritannien verbreiteten Investment Trusts das Vertrauen des breiten Publikums zurück, (14) indem sie sich einer konservativeren Anlagepolitik zuwandten. So wurde die Art der für einen Fonds zu erwerbenden Anlagen (15) - es wurden seinerzeit nur Effekten für das Investmentgeschäft herangezogen (16) - genau vorgeschrieben, wobei die Anlage in derselben Wertpapierart auf 5-10 % des Fondsvermögens begrenzt wurde.

anlagesgesellschaft „Omnium“, Société Civile Genevoise d'emploi de Fonds“ in Genf. Vgl. Liefmann, S. 165 u. 207 ff. sowie Früstück, S. 909.

(11) Gl. A. Reuter, S. 15 f.

(12) Vgl. Kilgus, S. 22; Liefmann, S. 167 ff.; Goldschmidt, S. 5 f.

(13) Näheres bei Liefmann, S. 172 ff.; Bruppacher, S. 79 ff.

(14) 1890 werden 50-60 Investment Trusts gezählt. Vgl. Linhardt, S. 52 f.

(15) Richtungsweisend wurde der „Trustee Act“, der seit 1886 als gesetzliche Grundlage für die Rechtsstellung eines „trustee“ eine Liste der zur Wertpapieranlage geeigneten Wertpapierarten enthält. Vgl. Reuter, S. 38.

(16) Vgl. Reuter, S. 39 Fussn. 1.

Insbesondere wurde nun allgemein eine Depotbank beigezogen; sie hatte die Anlagen des Investmentfonds im offenen Depot aufzubewahren. Die Verwaltung wurde nunmehr ausschließlich erfahrenen Börsenfachleuten übertragen, und zu ihrer Unterstützung, aber auch zur Kontrolle der periodischen Veröffentlichung der Effektenbestände, wurde ein Komitee der am Investmentfonds beteiligten Anleger geschaffen. (17)

b. Rechtsformen

Von erheblicher Bedeutung nicht nur für die Entwicklung des Investmentgeschäfts in Großbritannien, sondern in aller Welt bis jüngst für das schweizerische Anlagefondsgesetz wurde die rechtliche Gestaltung der kollektiven Kapitalanlage.

aa. Der Trust

In den Anfängen des englischen Investmentgeschäftes wurde der Investmentfondstrustrechtlich aufgebaut. Der Common Law Trust ist eine Weiterentwicklung der im germanischen wie im altenglischen Recht weitverbreiteten Treuhand durch das Equity Law. (18) Seine Anwendung auf das Investmentgeschäft (19) läßt sich folgendermaßen umreißen: (20)

Jeder Anleger (settlor oder donor) vertraut dem Treuhänder (trustee) einzelne Vermögensgegenstände oder Geld gemäß den in einer Urkunde (trust deed) niedergelegten besonderen Bestimmungen für die Verwaltung des Trustvermögens (trust property) an. Der Treuhänder erlangt damit nach Common Law Volleigentum, ist hinsichtlich seiner Verfügungsbefugnis kraft Equity Law jedoch zur Erfüllung des Trustvertrages verpflichtet, insbesondere das Trustvermögen (trust property), dem kraft der vollumfänglichen Surrogation alles zufällt, was aus Mitteln oder auf Grund des Trustvermögens erlangt wird, ausschließlich im Interesse der Anleger zu verwalten und nicht mit sich selbst zu kontrahieren, aber auch das Trustvermögen vom eigenen Vermögen getrennt zu halten.

- (17) Vgl. Jörgens, S. 14 ff.; Kilgus, S. 20 f.; Liefmann, S. 168 und besonders Knoblich, S. 14-23.
- (18) Vgl. Fischbach, S. 54; Roth, S. 91; Siebert, S. 44 ff.; Eisenmenger, S. 23 ff.
- (19) Im anglo-amerikanischen Wirtschaftsleben wird die Vermögensverwaltung der Banken ganz allgemein als Trustgeschäft bezeichnet, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Vollmachtsverwaltung seitens der Bank handelt oder ob die Bank die Verwaltung trustrechtlich durchführt, d.h. als Eigentümerin des zu verwaltenden Vermögens. Vgl. Eisenmenger, S. 16 f.
- (20) Vgl. Knoblich, S. 14 ff.; Eisenmenger, S. 26 ff.

Der Anleger (21) in seiner Doppelstellung als „donor“ und „beneficiary“ hat zunächst einen obligatorischen Anspruch auf Erfüllung des Trusts. Daneben billigt ihm aber das Equity Law das „equitable interest“ zu, einen quasidinglichen Herausgabeanspruch auf seinen Anteil am Trustvermögen im Konkurs des Trustee gegen die Konkursgläubiger und gegen Dritte, wenn sie bösgläubig Gegenstände aus dem Trustvermögen erworben haben. Während seiner Beteiligung am Investment Trust steht ihm ein Herausgabeanspruch gegen den Trustee nicht zu. Das Nebeneinander zweier Rechtskreise führt so zu einer Doppelung des Eigentums: der Trustee ist „legal owner“, während der Anleger „equitable owner“ ist. (22)

Die Rechte des Anlegers wurden in negoziablen Anteilsurkunden (certificates) verbrieft, die auf den Betrag seiner Einzahlung lauten und deren Wert sich aus dem jeweiligen Verkehrswert - Kurswert - des Trustvermögens errechnet. Gegen die ihm jederzeit zustehende Rückgabe seines Anteilscheins konnte der Anleger die Auszahlung seiner Beteiligung am Trustvermögen verlangen. Die Einrichtung einer Anteilscheininhaberversammlung eignet der Institution des Trust ursprünglich nicht. Doch können die „deeds of trust“ in dieser Hinsicht jedwede Regelung treffen. (23)

Der Trustee haftete für die Durchführung und Einhaltung des „deed of trust“ persönlich und anfänglich auch unbeschränkt. Der Limitation Act von 1939, sec. 19, begrenzte indes die Haftung des Trustee auf 6 Jahre ab Kenntnis des Haftungstatbestandes. Ferner gestattet der Trustee Act von 1925, sec. 61, die Ersetzung des Trustee auf richterliche Anordnung hin im Falle der Verletzung bestimmter Treuepflichten (breach of trust).

Die Aufnahme der öffentlichen Werbung für einen Investmentfonds ist seit dem Prevention of Fraud (Investments) Act von 1939 genehmigungspflichtig. Dieses Gesetz führte außerdem die Kontrolle des Inhalts der Emissionsprospekte und die Überprüfung des Ausgabepreises der Anteilscheine sowie der gesamten Geschäftstätigkeit der Trustees ein. (24)

bb. Die Company Limited

Dem Bedürfnis nach einer beweglicheren Rechtsform wurde die seit 1862 im Companies Act geregelte, aber erst nach 1879, als die Investment Trusts vorübergehend als rechtswidrige Vereinigungen verurteilt wurden, (25) allgemein verwandte körperschaftsrechtliche Organisationsform der Joint Stock Company gerecht, die im wesentlichen der deutschen und schweizerischen Aktiengesellschaft entspricht. (26)

(21) Zu seiner Rechtsstellung vgl. Reuter, S. 40 f.

(22) Vgl. Smith - Keenan, S. 5 f. Ausführlich auch Kötz, S. 30 ff.

(23) Vgl. Reuter, S. 44 f.

(24) Vgl. Reuter, S. 42; Baum, S. 196, 198.

(25) Näheres über den Fall Sykes v. Beadon bei Goldschmidt, S. 37.

(26) Überwiegend kam die sog. Public Company Ltd. zur Anwendung. Vgl. Linhardt, S. 57 ff. Vgl. a. Reuter, S. 51.

Der Investmentfonds wurde Gesellschaftskapital der mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Company. Dabei entspricht das Fondsvermögen dem „issued capital“. Da das Nominalkapital (nominal oder authorized capital) im Gegensatz zum „issued capital“, das bei der Auflage eines Investmentfonds von den Anleger-Aktionären übernommen wird, nicht voll gezeichnet zu werden braucht, ist die Company in der Lage, gemäß dem sog. „open end“-Prinzip bis zur Nominalhöhe laufend neue Anteilscheine auszugeben. (27) Andererseits gestattet das englische Aktienrecht den Erwerb eigener Aktien durch die Limited Company, so daß sie auch für die restriktive Alternative des „open end“-Prinzips geeignet ist, nämlich jederzeit dem Rücknahmebegehren der Anleger nachzukommen.

Die Funktionen des Trustee beim Investment Trust gingen bei der Umgründung zur Limited Company auf das Direktorium (board of directors) über, insbesondere auf das aus diesem gewählte „management“; (28) nur wo neben ihm noch die Einrichtung eines Trustee beibehalten wurde, beschränkten sich seine Aufgaben auf die Aufbewahrung des Fondsvermögens und eine gewisse Kontrolle der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft.

Der „deed of trust“ fand bei der Limited Company in der Satzung (Memorandum and Articles of Association) Aufnahme.

Von Bedeutung für die späteren kontinentalen Gesetzgeber erweist sich die das englische Recht beherrschende „ultra vires“-Lehre: jedes Rechtsgeschäft, das über die Zwecksetzung der Gesellschaft nach dem „Memorandum of Association“ hinausgeht, ist nichtig. (29)

Der Anleger wird durch den körperschaftsrechtlichen Aufbau des Investmentfonds Aktionär (shareholder) und damit gesellschaftsrechtlich am Fonds beteiligt. Er erhält allerdings kein negotiable Wertpapier, sondern ein „share certificate“,

(27) Vgl. Gower, S. 99.

(28) Nach Linhardt, S. 95 ff., bestanden seinerzeit innerhalb der „boards of directors“ der englischen Investmentgesellschaften zahlreiche Überkreuzverflechtungen, so daß tatsächlich nur wenige Personen das Investmentgeschäft in Großbritannien lenkten.

(29) Zur „ultra vires“-Lehre ausführlich Gower, S. 78 ff.; s. a. Reuter, S. 59. Hingegen ist den Companies eine andere als die Investmenttätigkeit nicht untersagt wie in den USA durch ICA, sec. 12; in Deutschland durch

das lediglich Beweischarakter hat, (30) nachdem er durch Zeichnung (application) sein Mitgliedschaftsrecht erworben hat. Der Anleger kann über das Organ der Hauptversammlung die Revisoren (auditors) ernennen, welche die Geschäftsführung der Company zu überprüfen haben (Companies Act von 1948, sec. 159), und die Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung genehmigen (Companies Act von 1948, sec. 148). Daneben hat der Anleger bei der Company noch gewisse Auskunfts- und Einsichtsrechte, und die Praxis gewährt ihm das Recht, den Rechenschaftsbericht des „board of directors“ und den Prüfungsbericht der Revisoren zu erörtern. (31)

Ein jederzeit auszuübendes Recht auf Rückgabe des „share certificate“ steht dem Anleger bei der körperschaftsrechtlichen Lösung im Gegensatz zur vorerwähnten trustrechtlichen nicht zu.

cc. Die Industrial and Provident Society

Diese mit der deutschen und schweizerischen Genossenschaft vergleichbare Rechtsform, die seit 1893 im Industrial and Provident Act geregelt ist, wurde ab den 20er Jahren dieses Jahrhunderts auch für das Investmentgeschäft herangezogen. (32) Sie braucht hier indes nicht erörtert zu werden, da diese Organisationsform für die Praxis keine große Bedeutung erlangte, sich im Aufbau den Investment Trusts anglich (33) und im übrigen seit dem Prevention of Fraud (Investments) Act, sec. 10, nur noch zulässig ist, wenn besondere Gründe vorliegen, den Betrieb eines Investmentfonds nicht dem „Companies Act“ zu unterstellen. (34)

dd. Rückkehr zum Trust

Erst seit Anfang der 30er Jahre wurde das Investmentgeschäft wieder trustrechtlich aufgezo-gen. Diese Entwicklung war vom Investmentgeschäft in den USA eingeleitet worden und führte zur Gründung von Investment Trusts in der Organisationsform des „fixed trust“ (35) (36). Trotz der neuen Bezeichnung als „unit trusts“ bedeuten diese Investment Trusts keine wesentliche Weiterentwicklung der bis 1880 vorherrschenden Trusts. (37)

— § 2 II i. v. m. § 1 I KAGG und in der Schweiz durch Art. 3 II AFG.

(30) Companies Act von 1948, sec. 81. Vgl. zur Rechtsnatur auch Gower, S. 319 ff.

(31) Vgl. Reuter, S. 64 ff.

(32) Zu ihrem Aufbau vgl. Knoblich, S. 45 f.

(33) Vgl. Linhardt, S. 60; Schäcker, S. 19.

(34) Aus diesen Gründen wurde auch bei der Diskussion zur Gesetzgebung über das Investmentgeschäft in Deutschland und in der Schweiz die genossenschaftliche Lösung nicht näher in Erwägung gezogen. Vgl. Wendt, S. 10.

(35) Zum Begriff s. u. S. 10.

(36) Sie gestalteten sich späterhin meist zu flexible trusts um. Vgl. Reuter, S. 51.

(37) Gower, S. 215.

2. Die Entwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika

Wiewohl die englischen Investmenttrusts seit Anbeginn amerikanische Titel in ihren Portefeuilles hielten, wurde in den USA selbst das Investmentgeschäft erst gegen Ende des letzten Jahrhunderts aufgenommen. Der 1889 gegründete „New York Stock Trust“ bezeichnete sich selbst als „the first American Investment Trust ever organized“. (38)

Anlaß war auch hier das konkrete Anlagebedürfnis des sich vergrößernden Kapitalbesitzes, (39) dem die Finanzberater auf die herkömmliche Weise nicht mehr gerecht werden konnten.

Finanzberater gingen als erste dazu über, das anlagesuchende Kapital ihrer Kundschaft zusammenzufassen und nach englischem Vorbild Investmentgesellschaften - die Investment Trusts waren dort ja 1879 verboten worden, so daß sich das Investmentgeschäft vorübergehend ausschließlich der körperschaftsrechtlichen Form bediente (40) - errichteten, deren laufende Beratung oder auch deren Verwaltung sie dann übernahmen. (41) Regelmäßig wurde eine Depotbank mit der Aufbewahrung des Fondsvermögens betraut. (42)

a. Organisationsformen

aa. Körperschaftsrechtlicher Aufbau

Die ersten amerikanischen Investmentgründungen bedienten sich der einer englischen Limited Company entsprechenden „Corporation Inc.“ (43) Der Anleger wurde also gleichfalls Aktionär der mit Rechtspersönlichkeit versehenen Gesellschaft. Diese Gesellschaften erhielten aus der späteren Entwicklung die Bezeichnung „closed end trusts“, da sie eine begrenzte Anlegerzahl hatten. Auch wurden sie „management trusts“ getauft, da dem „board of directors“ keinerlei Direktiven für die Geschäftsführung gesetzt waren. Zudem hatten die Anleger kein Rückgaberecht für ihre „shares“.

Die Entwicklung der „management trusts“ in den 20er Jahren brachte, gefördert durch die für die Vereinigten Staaten wirtschaftlich günstigen Folgen des Ersten Weltkrieges, den ersten großen Aufschwung im amerikanischen Investmentgeschäft. (44) Ihm wurde indessen ein katastrophaler Schlag versetzt, als sich anläßlich des Börsenkrachs im Jahre 1929 die praktizierte Geschäftspolitik als ungeeignet erwies, die inzwischen vom Prinzip der Risikoverteilung abgegangen,

(38) Vgl. Bruppacher, S. 171 f.

(39) Vgl. Kilgus, S. 60.

(40) Vgl. o. S. 6 f.

(41) Vgl. Schäcker, S. 19 f.

(42) Gessler, S. 11 f.

(43) Über die Unterschiede zwischen englischen und amerikanischen Investmentgesellschaften vgl. Knoblich, S. 53-62.

(44) Bis 1929 war die Zahl der Investmentgesellschaften auf etwa 700 angewachsen,

zum Kauf auf Kredit bzw. mittels sonstiger Fremdmittel geschritten war und schließlich zwecks vermeintlicher Potenzierung der Finanzkraft zur Verflechtung der Investmentgesellschaften geführt hatte. (45)

Die Erfahrungen aus den Mißständen ließen die die Krise Überlebenden und die wieder neu gegründeten Investmentgesellschaften sich bereits in den Statuten Schranken aufliegen. Gegen die Spekulationsgefahr umschrieben die sog. „fixed trusts“ die Auswahl der zu tätigenden Anlagen schon in den Statuten der Corporation nach Art und Anzahl. Den hiermit jedoch verbundenen Nachteil der Unbeweglichkeit in Zeiten sich ändernden Börsenklimas suchten die „semi-fixed trusts“ in einer Mischform aus „management“- und „fixed“-Investmentgesellschaft wettzumachen, indem sie einerseits eine Anlageliste in die Statuten aufnahmen, andererseits aber der Geschäftsleitung unter genau beschriebenen Umständen ein Abweichen von der Satzung gestatteten. (46)

Eine andere Neuerung war die Gewährung eines Rückgaberechts der Anleger (right of redemption). Es bedeutet den Anspruch auf Auszahlung des betreffenden Anteils am Fondsvermögen zum Verkehrswert in bar oder in natura gegen Rückgabe des ihn verkörpernden Anteilscheins. Weiterhin ging die Praxis dazu über, von der Möglichkeit, laufend neue Anteilscheine auszugeben bzw. in beschränktem Umfang selbst zu erwerben, Gebrauch zu machen, die das amerikanische Aktienrecht mit dem „authorized capital“ bietet. (47) Diese Besonderheit der Anpassung des Gesellschaftskapitals an die Marktlage der Anteilscheine führte zur Bezeichnung „open end trusts“ bzw. „mutual funds“ (48).

Schließlich wurde fast ausschließlich auf die Verwendung von Fremdkapital verzichtet. (49)

Obgleich heute der überwiegende Teil der das Investmentgeschäft betreibenden Unternehmen sich der Rechtsform der Corporation bedienen und sie wirtschaftlich auch das größte Gewicht haben, so ihre Bedeutung für den Gesetzgeber in Deutschland und in der Schweiz nur gering gewesen. (50)

bb. Vertragsrechtlicher Aufbau

Diese Strukturwandlungen im körperschaftrechtlichen Investmentgeschäft weckten die Erinnerung an den alt-englischen Trust, der in Großbritannien schon seine Eignung für die kollektive Kapitalanlage bewiesen hatte. (51) Der

wovon allein 600 in den Jahren 1927-1929 gegründet wurden. Vgl. Reuter, S. 22.

(45) Vgl. Baum, S. 28 f.; Schäcker, S. 20; Reuter S. 20 f.

(46) Einzelheiten bei Baum, S. 25 ff.

(47) Vgl. Trumpler, S. 58 ff.; Schäcker S. 22, Fußn. 21.

(48) Vgl. o. S. 7.

(49) Näheres über die Strukturwandlungen um 1929 bei Anet, BA 1930/31, S. 212 ff.; s.a. Schäcker, a.a.O.

(50) Vgl. auch Reuter, S. 78 f.

(51) S.o. S. 5 f.

bot zudem den Vorteil, daß die trustrechtlich errichteten „corporations“ zu ihrer Errichtung keiner staatlichen „incorporation“ bedurften, sondern durch private U-Urkunde errichtet werden konnten. Die Verwendung des Trusts als solchem hätte freilich einen Rückschritt gegenüber der gewandelten Corporation Inc. bedeutet, da die Mitwirkungsbefugnisse der Anleger der körperschaftsrechtlichen Form bei der trustrechtlichen Gestaltung nicht mehr bestanden hätten. Zum Ausgleich wurden die „trust agreements“ entsprechend modifiziert; (52) auch unterwarfen einzelne Staaten die sog. „Massachusetts Trusts“, die in ihrem organisatorischen Aufbau eine glückliche Verbindung von Trust und wirtschaftlichen Vorteilen der Corporation darstellten, (53) den für die Corporation aufgestellten gesetzlichen Vorschriften, die unten gestreift werden sollen.

Zu erwähnen ist jedoch die andere Spielart der Investment Trusts US-amerikanischer Prägung, der „Contractual Trust“, der vor allem für die kontinentale Praxis und Gesetzgebung Bedeutung gewann. Im Gegensatz zur Corporation oder dem Massachusetts Trust liegt hier keine körperschaftsrechtliche bzw. ihr ähnliche Organisation vor, sondern das Investmentgeschäft wird von drei Parteien betrieben, die untereinander lediglich in vertraglicher Beziehung stehen:

Der „depositor“, ein vielfach zur Leitung von Investmentfonds gegründetes Spezialunternehmen schließt mit dem „trustee“ einen treuhänderischen Vertrag auf Verwahrung von Wertpapieren für Rechnung einer größeren Zahl von Anlegern, deren Rechte in „certificates“ verbrieft werden, und übergibt ihm Wertpapiere des späteren Investmentfonds zu treuhänderischem Eigentum und zur Verwahrung. (54) Der „depositor“ hat alsdann die eigentliche Verwaltung des Investmentfonds als Aufgabe, während der „trustee“ im Rahmen des Treuhandvertrages die Anordnungen des „depositors“ zu befolgen hat. (55)

Der Anleger erhält gegen seine Einzahlung ein auf den Inhaber oder Namen lautendes „certificate“ und hat aus seinem Kapitalanlagevertrag gegen den „depositor“ den Anspruch auf vertragsgemäße Verwendung und Verwaltung, dem „trustee“ gegenüber auf ordnungsgemäße Verwahrung des Treugutes. Die Anleger haben grundsätzlich keine gemeinsam auszuübenden Rechte, obschon einzelne Trustverträge für den Fall ihrer Änderung die Zustimmung der Anleger verlangen. (56)

Im übrigen gelten für die Rechtsbeziehungen die sich bei den anderen Organisationsformen entwickelten und hier dargelegten Einrichtungen.

b. Gesetzliche Regelung durch den Investment Company Act

Aus den Erfahrungen und den Mißständen, die während des Börsenkrachs von 1929 offenbar geworden waren, erließ der amerikanische Gesetzgeber, nachdem

(52) Vgl. Goldschmidt, R., S. 41 ff.; Baum, S. 32 ff.

(53) Vgl. hierzu Robinson, S. 127 ff.; s. a. Reuter S. 72 f.

(54) Vgl. Goldschmidt, S. 44 ff.; Robinson S. 31 ff.

(55) Vgl. Reuter, S. 76.

(56) Vgl. Robinson S. 86 f.

bereits in einzelnen Staaten die trustrechtlichen Investmentgesellschaften den gesetzlichen Bestimmungen über die Corporations unterstellt worden waren, (57) 1933 den Securities Act, (58) der im Zusammenhang mit der Emission von Wertpapieren besondere Anforderungen an die Publizität stellte, 1934 den Securities Exchange Act, (59) der den Effektenhandel regelte und die Securities and Exchange Commission (SEC), eine besondere Bundesbehörde, zum Erlaß weiterer Vorschriften ermächtigte, (60) Mit dem Public Utility Holding Company Act von 1935 (61) wurde die SEC beauftragt, die Investmentgesellschaften auf ihre Struktur und Geschäftstätigkeit zu untersuchen.

Der amerikanische Kongress erließ am 22.8.1940 den Investment Company and Investment Advisers Act (ICA) (62), der anhand der Empfehlungen der SEC ausgearbeitet war und in 73 sections mit zahlreichen subsections, ergänzt durch Durchführungsverordnungen, die umfangreichste Investmentgesetzgebung überhaupt darstellt. (63)

Da bei der vorangegangenen Darstellung der Investmentformen schon einzelne Punkte genannt wurden, die der ICA übernommen bzw. erst gefördert hat, sollen hier nur die weiteren Anforderungen des Gesetzes genannt werden, die für die Entwicklung des Investmentgeschäftes auf dem Kontinent richtungsweisend waren.

- Begriffsbestimmung der Investment Company (ICA, sec. 3) (64)
- Wahl der Direktion der Investment Company durch die Mitgliederversammlung (ICA, sec. 16a)
- Verbot von Geschäften, die den Investmentfonds betreffen, mit am Investmentunternehmen beteiligten oder von ihm abhängigen Personen (ICA, sec. 17a)
- Genehmigung der Geschäftsaufnahme des Investmentunternehmens durch die SEC (ICA, sec. 8), die aus wirtschaftlichen Gründen praktisch zwingend ist (65)
- Grundsatz der Risikoverteilung, im Gesetz selbst nicht - ebenso wie eine Definition der zulässigen Anlagen - enthalten, aber durch die Steuergesetzgebung praktisch weitgehend verwirklicht (66)

(57) Vgl. darüber ausführlich Goldschmidt, S. 41 ff.; s. a. Trumpler, S. 42 ff.

(58) 15 U.S.C. §§ 77a - 77b

(59) 15 U.S.C. §§ 78a ff.

(60) Vgl. Reuter, S. 23 Fußn. 5.

(61) 15 U.S.C. §§ 79 ff.

(62) 15 U.S.C. §§ 80a-1 - 80b-21

(63) Reuter S. 24.

(64) Vgl. hierzu Baum S. 9.

(65) Vgl. Reuter S. 81.

(66) Vgl. Reuter S. 83.

- Beschränkung der Aufnahme von Fremdmitteln (ICA, sec. 18 bis 19)
- Verbot der Verflechtung zwischen Investmentunternehmen und sonstigen am Investmentgeschäft Beteiligten (ICA, sec. 10; sec. 17)
- Rechenschaftsberichte (ICA, sec. 29 d, 30 f.)
- Öffentliche Aufsicht durch die SEC, die
 - den Geschäftsbetrieb untersagen kann (67)
 - Berichte der Investmentunternehmen verlangen kann (ICA, sec. 30 f.)
 - eigene Untersuchungen bei den Investmentunternehmen führen kann (68)
 - und die Befugnis zur Klageerhebung hat (ICA, sec. 35). (69)

3. Die Entwicklung in Deutschland und in der Schweiz

a. Deutschland

aa. Ansätze und Organisationsformen nach dem Ersten Weltkrieg

Bis zum Ende des Ersten Weltkrieges bestand in Deutschland, ähnlich wie auch in den USA, in der Bevölkerung kein Interesse, statt in direkten Investitionen Kapital über Investmentgesellschaften nach dem Grundsatz der Risikoverteilung anzulegen. (70) Seit 1920 aber wurde die Idee des Investmentwesens auch in Deutschland lanciert, (71) nicht aber unter dem primären Gesichtspunkt der Placierung anlagesuchenden Kapitals, wie wir ihm in Großbritannien und in den USA begegnet waren, sondern aus der in jenen Ländern gewonnenen Erfahrung heraus, daß das Investmentgeschäft neben dem Effekt der Kapitalanlage beim Investmentunternehmen auch jenen der Anlagesuche der Investmentunternehmen selbst bei den Wertpapieremittenten zeitigt. Der Kapitalmangel Deutschlands am Ausgang des Ersten Weltkrieges konnte also, dahin gingen diese vorerst theoretischen Überlegungen, verringert werden, wenn die Bevölkerung zum Konsumverzicht durch Investmentsparen angereizt würde und die Investmentgesellschaften wiederum ihr anlagesuchendes Kapital über den Erwerb von Wertpapieren an die Investitionskapital suchenden Unternehmen zur Verfügung stellten.

Der Verwirklichung dieses - erst theoretisch geborenen - Investmentge-

(67) Beispiel bei Baum, S. 72 f.

(68) Vgl. Reuter S. 84.

(69) Nach einem Beispiel bei Baum, S. 163, kann der zuständige District Court die Einsetzung eines Sachwalters und die Liquidierung des Fonds verfügen.

(70) Über investmentähnliche Vorläufer, die der Industriefinanzierung oder als Holdinggesellschaften bestimmten Vermögensverwaltungsinteressen dienten, vgl. Liefmann, S. 218 ff.

(71) Vgl. Goldschmidt S. 14.

danken. (72) standen jedoch vor allem steuerrechtliche Schwierigkeiten im Wege.

1928 wurde der Zwickertsche Kapitalverein gegründet, der ab 1928 Deutscher Kapitalverein hieß und 1931 auf die Deutscher Investment-Verein eGmbH überging, bevor er noch im gleichen Jahre wegen hoher Verluste liquidiert werden mußte.

Der Kapitalverein war als bürgerlichrechtliche Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) aufgezogen, (73) um so der Körperschaftssteuer zu entgehen. (74) Das jederzeitige Rückgaberecht war bereits bei dieser ersten deutschen Investmentunternehmung verankert. (75)

Die spätere genossenschaftliche Form, gleichfalls aus steuerlichen Erwägungen gewählt, erwies sich ebenso wie in Großbritannien als wenig geeignet. (76) 1926 wurde die Bayerische Investment AG gegründet, die gleichfalls 1931 in Liquidation ging. Sie versuchte, die Treuhandlösung nach dem Vorbild der Investment Trusts in den USA zu verwirklichen. (77)

Die Bayerische Investment AG wollte die Doppelbesteuerung von Investmentfonds und ihren Erträgen dadurch vermeiden, daß sie das Anlagevermögen im eigenen Namen, aber für Rechnung der Anleger erwarb, es in deren Miteigentum überführte und ihnen Zertifikate aushändigte, die den Anteil der Anleger am Investmentfonds verbriefen. Diese Konstruktion brachte hinsichtlich der Besteuerung im Investmentgeschäft erste positive Ergebnisse durch mehrere Urteile des Reichsfinanzhofes, die freilich noch keine allgemeingültige Klärung des Problems bringen konnten: (78)

- Die Ausgabe von Anteilscheinen ist steuerfrei;
- Die Erträge des Investmentfonds sind körperschaftssteuerfrei;
- Die Ausschüttungen an die Anleger sind kapitalertragssteuerfrei.

Ab 1930 griff dann der Gesetzgeber mehrfach ein, um das Investmentgeschäft zu fördern, wobei er Investmentgesellschaften in der Rechtsform der AG steuerlich bevorzugt behandelte. (79) Diese Gesellschaften erhielten die Bezeichnung

(72) Über die rechtlichen Voraussetzungen von Investmentgesellschaften aus der damaligen Sicht vgl. Goldschmidt, E., S. 38 ff.

(73) Goldschmidt, S. 13 u. 136.

(74) Knoblich, S. 63 f. u. 70-79.

(75) Vgl. Kilgus, S. 158.

(76) Ausführlich hierzu Goldschmidt, S. 68-74; Knoblich, S. 79-84.

(77) Einzelheiten bei Liefmann, S. 217-224; Goldschmidt, S. 49-61; Bruppacher, S. 236 ff.; Knoblich; S. 84-155.

(78) Zitiert bei Reuter, S. 29 Fußn. 1.

(79) Gesetz über die Ermächtigung zu steuerlichen Maßnahmen zwecks Erleichterung und Verbilligung der Kreditversorgung der deutschen Wirtschaft vom 9.6.1930 (RGBl. I, S. 187); Zweite Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5.6.1931 (RGBl. I, S. 312); Verordnung des Reichsfinanzministers über Steuerer-

"Kapitalverwaltungsgesellschaften" und wurden definiert als „Kapitalgesellschaften, die ausschließlich den Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Aktien, Kuxen, Anteilen oder Genußscheinen anderer Kapitalgesellschaften oder von Schuldverschreibungen zum Inhalt haben."

Die gesetzgeberischen Maßnahmen jener Zeit erreichten jedoch nicht ihr Ziel: Einerseits gingen sie nämlich weiterhin von der körperschaftsrechtlichen Organisation, und zwar von der AG, aus, die wegen des festen Grundkapitals der AG und des Rückerwerbsverbotes eigener Aktien für das „open end“-Prinzip ungeeignet ist, zum anderen beseitigten sie nicht die Doppelbesteuerung von Anlagevermögen und Erträgen beim Investmentunternehmen sowie den Anlegern. Schließlich begann auch die politische Diskriminierung der Aktie das Interesse des Publikums vom Investmentgeschäft abzukehren. (80)

bb. Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg

Nach der Währungsreform im Jahre 1948, als sich - wie in den 20er Jahren - ein unermeßlicher Kapitalmangel in der deutschen Wirtschaft zeigte, zusätzlich aber die auf politischer Ebene neu durchdachten Postulate einer eigentumsfördernden Sozialpolitik das Publikum wieder für die Anlage in Investmentfonds interessieren konnten, nahm als erstes Investmentunternehmen 1949 die Allgemeine Deutsche Investmentgesellschaft mbH ihre Tätigkeit auf. Dem Beispiel in München folgten erst 1956 weitere Gesellschaften, nämlich Union-Investmentgesellschaft mbH in Frankfurt, Deutscher Investment Trust Gesellschaft für Wertpapieranlagen mbH in Frankfurt, Deutsche Gesellschaft für Wertpapiersparen mbH in Frankfurt und die Deutsche Kapitalanlagegesellschaft mbH in Düsseldorf. (81) Bei der Frage der rechtlichen Gestaltung wurde einmal auf die bereits vorliegende Erfahrung der Bayerischen Investment AG zurückgegriffen, (82) zum anderen wurde, da man in Organisation und Aufbau den amerikanischen Vorbildern folgen wollte, (83) auf die Praxis der schweizerischen Investment Trusts abgestellt, die sich schon früher - in einer verwandten Rechtsordnung - mit Problemen der rechtlichen Konzipierung des Investmentgeschäftes befassen mußten. (84) Die Abwägung der Vorteile des „open end“-Prinzipes mit den Schranken des Aktienrechtes, dessen Bewertungsvorschriften mit dem Wunsch nach einer gleichmäßigen Ausschüttungspolitik, vor allem aber die Frage eines Aussonderungs- und Drittwiderspruchsrechtes mit dem Treuhandrecht, wie es in

leichterungen für Kapitalverwaltungsgesellschaften vom 24. 7. 1951 (RGBl. I, S. 411). Vgl. auch Goldschmidt, S. 1, 14 f., 75, 128 ff.; v. Caemmerer, S. 43; Knoblich, S. 63.

(80) Vgl. Neuburger, in Tormann-Siara, S. 8.

(81) Vgl. BB 1957, 337.

(82) Reuter, S. 31.

(83) Reuter, a. a. O.,

(84) Vgl. Schäcker, S. 27f., 36; Amann, S. 3, 11; Botschaft, S. 270.

der Rechtsprechung seinen Niederschlag gefunden hatte, (85) führte diese Gesellschaften jeweils dazu, die Miteigentumslösung i. S. einer Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB) zur Anwendung zu bringen. (86)

b. Schweiz

Während in Deutschland das Investmentgeschäft in den 30er Jahren über zaghafte Ansätze nicht hinauskam, erwachte zu gleicher Zeit in der Schweiz ein lebhaftes Interesse bei den Großbanken, ihrer Kundschaft auch diese in den angelsächsischen Ländern blühende Art der Kapitalanlage anzubieten.

Das Investmentgeschäft setzte im Jahre 1930 mit der Gründung der Société Internationale de Placements, Basel (SIP) ein, welche bis in die jüngste Zeit mit einer Vielzahl von Investmentfonds zur Anlage in Wertschriften an den Markt herangetreten ist. (87) 1938 folgte ihr die AG für Verwaltung von

(85) Wirtschaftlich gesehen war eine Verwaltung für Rechnung der Anleger im Sinne einer treuhänderischen Tätigkeit gewollt. Kernproblem bei Aufzug eines jeden treuhänderischen Rechtsverhältnisses ist der Schutz des Treugutes vor eventuellen Zugriffen seitens der Gläubiger des Treuhänders. Zwar ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, daß in das Eigentum des Treuhänders übergebenes Treugut geschützt ist, indem dem Treugeber - der Anlegergemeinschaft im Investmentgeschäft - bei der Einzelvollstreckung das Widerspruchsrecht des § 771 ZPO und im Konkurs des Treuhänders - Investmentunternehmen - das Aussonderungsrecht nach § 43 KO zugebilligt wurde, jedoch sollen diese Grundsätze nur in soweit gelten, als das Treugut unmittelbar vom Treugeber übergeben wird, nicht aber, wenn die Vermögensteile von Dritten für Rechnung des Treugebers angeschafft werden, wie dies bei der eigentlichen Kapitalanlage im Investmentgeschäft ausschließlich der Fall ist. Vgl. hierzu statt aller Palandt - Hoche, Einführung vor § 929 7 B b aa u. D.).

Damit mußte auf die sogenannte Miteigentumslösung zurückgegriffen werden, bei der die Anwendung der §§ 43 KO und 771 ZPO unproblematisch ist; andererseits ergaben sich aus dieser rechtlichen Gestaltung andere Schwierigkeiten, welche die sogenannte Treuhandlösung wiederum elegant gemeistert hätte, vgl. hierzu Knoblich, S. 136 ff.

Eine Durchbrechung des sog. Unmittelbarkeitsprinzips ist bisher aber nur für Anderkonten und Treuhandkonten im weiteren Sinne seitens der Rechtsprechung anerkannt worden, vgl. BGH in NJW 1954, S. 190 und NJW 1959, S. 1223. Für eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips seitens der Literatur vgl. die Nachweise bei Kötz, S. 129.

(86) Zum gesamten Fragenkreis ausführlich Schäcker, S. 27 ff. mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch Tormann - Siara, § 6 Anm. I, S. 31.

(87) Als Wertschriften bezeichnet die schweizerische Praxis Wertpapiere des bankgeschäftlichen Effektenverkehrs.

Investmenttrusts (INTRAG) in Zürich mit der Auflegung von Wertpapierinvestmentfonds. Zur gleichen Zeit aber betrat die SIP Neuland im europäischen Investmentgeschäft, (88) indem sie erstmals einen Immobilienanlagefonds auflegte. (89)

Zunächst galt es, in der eigenen Rechtsordnung Institutionen zu finden, die entweder jenen der in Großbritannien und in den USA bei der Verwirklichung des Investmentgedankens verwandten entsprachen bzw. wirtschaftlich zu ähnlichen Ergebnissen führten.

Allgemein wurde der angelsächsische Common Law Trust als die zur Verwirklichung des Investmentgedankens angemessenste Rechtsform angesehen. (90) Sie besitzt jedoch im kontinentalen Recht kein formelles Pendant, so daß in einem ersten Prozess der Rechtsvergleichung die im schweizerischen Recht vorhandenen Institutionen auf ihre Brauchbarkeit untersucht wurden.

Die körperschaftsrechtliche Form wurde erst später und nur vereinzelt angewandt. Neben der nach geltendem Recht unvermeidbaren Doppelbesteuerung bei juristischen Personen und ihren Mitgliedern, und der der Grundidee des Investmentgedankens nicht ganz entsprechenden mitgliedschaftsrechtlichen Beteiligung stand der Aufnahme von Anlegern und Investmentunternehmen in eine Limited Company bzw. Corporation bzw. der ihr entsprechenden schweizerischen AG insbesondere das Erfordernis eines festen Grundkapitals (Art. 620 OR) und das Verbot des Erwerbs eigener Aktien (Art. 659 OR) entgegen. Die an sich das „open end“-Prinzip ermöglichende Rechtsform der Genossenschaft war indes unbrauchbar, da sie den unerwünschten persönlichen Zusammenschluß aller am Investmentgeschäft interessierten Kunden der schweizerischen Banken voraussetzt und in der Hauptsache die Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder bezwecken muß (Art. 828 OR). (91)

Der Aufgabe, ein angemessenes Rechtsgewand zu finden, war jedoch mit der sogenannten vertragsrechtlichen Form gerecht zu werden. Die ersten Investmentgründungen in der Schweiz bedienten sich ihr durchweg. (92) Die Schwierigkeit begann dann bei der näheren Ausgestaltung des Investmentvertrages, auch Verwaltungsordnung, Verwaltungsreglement, Trust-Agreement, Treuhandvertrag und später dann Fondsreglement genannt.

Im Streben nach einer möglichst getreuen Nachbildung des angelsächsischen Trusts, bei dem Initiatoren des schweizerischen Investmentgeschäfts als unerlässliches Wesensmerkmal die quasidingliche Rechtsstellung des Anlegers sahen, (93)

(88) Die sogenannten Real Estate Funds in den USA haben dort bis heute keine größere Bedeutung gefunden. Vgl. Botschaft, S. 265.

(89) Zur Geschichte der Immobilienfonds in der Schweiz ausführlich Sutz, S. 8-11.

(90) Vgl. Boveri, S. 97 ff.; Frautschi, S. 16 ff.; Sutz, S. 31 ff.

(91) Vgl. Amonn, S. 6 ff.

(92) Vgl. Boveri, S. 9 ff.; Probst S. 45; Spoerri, S. 14 u. 23 ff.; Sutz S. 14; Renk, Das neue AFG, S. 1.

(93) Vgl. Boveri S. 13 u. 18; Spoerri S. 138 u. 158.

entschieden sie sich für die sogenannte Miteigentumslösung, weil sie glaubten, daß allein ein Miteigentum der Anleger am Fondsvermögen jenem trustrechtlichen Vorbild entspräche. So hieß es in den älteren Fondsreglementen auch ausdrücklich, den Anlegern solle „Miteigentum“ verschafft werden. (94)

Der Gesetzgeber übernahm diese Auffassung, bevor er sich mit dem Investmentgeschäft grundsätzlich auseinandersetzte, im Bereiche des Steuerrechts. (95) In der Literatur blieb bis zur Vorbereitung des Anlagefondsgesetzes (AFG) die These vom Miteigentum der Anleger herrschend, (96) obgleich bei späteren Gründungen von Investmentfonds für die Investmentverträge in Betracht der Tatsache, daß immerhin die Verfügungsmacht über den Fonds allein der Fondsleitung zugestanden und das an sich den Miteigentümern zustehende Recht an der Aufhebung des Miteigentums abbedungen wurde, aus Zweifeln an der Stichhaltigkeit der These vom Miteigentum eher vorsichtigere Formulierungen gewählt wurden. (97)

Im übrigen gestaltete sich das schweizerische Investmentgeschäft entsprechend dem bewährten Aufbau der angelsächsischen Investment Trusts.

4. Die Entwicklung in der übrigen Welt

In den letzten Jahren hat sich der Gedanke des Investmentwesens, das in Europa seit dem Zweiten Weltkrieg in fast allen Staaten Fuß fassen konnte, (98) über sämtliche Kontinente verbreitet. Dabei diente allgemein das anglo-amerikanische Investmentgeschäft als Vorbild, wie dies auch beim hier zur Untersuchung anstehenden deutschen und schweizerischen Investmentgeschäft der Fall gewesen ist.

Im Rahmen dieser Arbeit kann auf die Entwicklung in der übrigen Welt nicht eingegangen werden. Immerhin soll nicht unerwähnt bleiben, daß die fortschreitende Entwicklung eine zunehmende Internationalisierung erkennen läßt. Internationalisierung ist seit jeher ein Prinzip der Risikoverteilung der Anlagen. Aber auch im Vertrieb und damit in der Zusammensetzung der Anlagen lösen sich Investmentunternehmen von nationalen Schranken. Insbesondere steuerliche Gesichtspunkte, aber auch solche der Außenwirtschaftspolitik beeinflussen Invest-

(94) Vgl. hierzu Amonn, S. 9 f.

(95) Vgl. den Bundesratsbeschuß vom 1. September 1943/31. Oktober 1944 über die Verrechnungssteuer, Art. 4 I lit. d u. II lit. b, wo die „Anteile“, welche als „Konten über Eigentumsrechte an Wertpapieren“ bezeichnet werden.

(96) Vgl. Boveri, S. 24 ff. u. 51 ff., 86; Guhl, S. 453, Spoerri, S. 62 ff.; Severin, S. 121 ff.; Frautschi, S. 48 ff.

(97) Beispiele bei Amonn, S. 10.

(98) Vgl. zur Entwicklung und zu den gesetzgeberischen Maßnahmen im Bereich der Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Castenfeld, Nr. 7.

mentgesetze des jeweiligen Staates führen zu einer von Anlagen, Anlegern und unter Umständen auch vom **Management** des Investmentunternehmens unabhängigen Niederlassung in dem einen oder dem anderen Land.

Diese Entwicklung erheischt von den nationalen Gesetzgebern, die für den Schutz der Anleger, soweit sie ihre Staatsangehörigen sind, die Verantwortung tragen, entsprechende Maßnahmen hinsichtlich der im Inland vertriebenen Anteile ausländischer Investmentunternehmen. (99) Es ist aber auch zu erwägen, ob auf längere Sicht dem internationalen Investmentgeschäft nicht am besten gedient ist, wenn eine Vereinheitlichung angestrebt wird, wie sie im internationalen Zahlungsverkehr und Effktengeschäft weitgehend verwirklicht ist und derzeit in Europa für das Gesellschaftsrecht diskutiert wird.

II. Die Regelung des Investmentgeschäftes durch den Gesetzgeber in Deutschland und in der Schweiz

A. Zweck und Ziel der Gesetzgebung

1. Deutschland

Die Renaissance des Investmentgeschäftes mit der ersten Nachkriegsgründung im Jahre 1949 (100) führte schon am 15.4.1953 zu einem Initiativ-Gesetzantrag im Bundestag in Form eines Entwurfes zu einem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, der sich indessen auf nur neun Paragraphen beschränkte. (101) Der Entwurf konnte in der ersten Legislaturperiode nicht mehr behandelt werden. Er wurde am 9.7.1955 nochmals im Bundestag eingebracht. (102)

Es bedurfte der Beratung des Initiativ - Gesetzantrages in den Ausschüssen für Geld und Kredit, Finanz - und Steuerfragen und für Wirtschaftspolitik sowie der Einschaltung des Vermittlungsausschusses, den der Bundesrat angerufen hatte, (103) bis das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) am 17.4.1957 verkündet werden konnte. (104)

Während der erste Entwurf sich auf grundsätzliche Punkte beschränken wollte, die den Anleger vor Mißbräuchen seitens der Kapitalanlagegesellschaft schützen und vor steuerlichen Nachteilen bewahren wollten, entschloß man sich im Laufe der Arbeiten zu einer erschöpfenden gesetzlichen Regelung. Die ersten Ansätze

(99) S.u.S. 37.

(100) S.o.S. 1.

(101) BT - Drucksache I / 4199 vom 19.3.1953.

(102) BT - Drucksache II / 1582 vom 9.7.1955.

(103) BT - Drucksache II / 3235 u. 3282 nebst Sten. Berichte S. 11373 - 11375.

(104) BGBl. 1957 I S. 378 - 384.

vor und nach dem Zweiten Weltkrieg konnten dem Gesetzgeber nur geringe Orientierungshilfe leisten. Neben der Praxis der aufstrebenden schweizerischen Investment Trusts befruchteten vor allem zwei Studienreisen in die USA unter Beteiligung von Bundestagsabgeordneten, Sachbearbeitern des Bundeswirtschaftsministeriums und anderen Wirtschaftsexperten die Gesetzgebung. (105)

Motive und Intentionen der Gesetzgebung zum KAGG sind mannigfach. Einmal sollte die Kodifizierung des Investmentgeschäftes dieses beleben und damit dem für den Investitionsbedarf der deutschen Nachkriegswirtschaft völlig ungenügenden Kapitalmarkt neue Mittel des privaten Publikums zuführen. (106) Neben diese volkswirtschaftliche Zielsetzung des KAGG (107) tritt eine sozialpolitische Entscheidung des Gesetzgebers: die durch das Investmentwesen mögliche Beteiligung weitester Kreise der Bevölkerung am wirtschaftlichen Eigentum entsprach der politischen Zielsetzung der Eigentumsstreuung und -förderung, wie sie kurz darauf in der Kreierung der Volksaktie und jüngst in den Bundesschatzbriefen ihre Fortsetzung gefunden hat. (108)

Innerhalb dieses weiten Rahmens klärte der Gesetzgeber durch rechtskonstruktive Entscheidungen (109) die rechtlichen Grundlagen des Investmentgeschäftes und stellte Schutzvorschriften zugunsten der Anleger auf. Andererseits hatte er steuerrechtliche Fragen zu behandeln, da es galt, das dem deutschen Steuerrecht noch fremde Investmentgeschäft (110) gemäß dem Grundsatz der Gleichbehandlung anderen Kapitalanlagen entsprechend zu belasten.

Darüber hinaus unterstreicht das Gesetz den Willen des Gesetzgebers, mit dem KAGG einen Beitrag zu seiner Wirtschafts- und Sozialpolitik zu leisten, indem das KAGG bewußt die Anlage in Investmentanteilen steuerlich gegenüber andere Anlagearten begünstigt.

Das KAGG ist inzwischen verschiedentlich geändert und ergänzt worden. Seit die schweizerische Gesetzgeber die ausländischen Investmentfonds der staatlichen Kontrolle unterworfen hat, hat sich nun auch die deutsche Bundesregierung mit dieser Frage befaßt. (111) Sie hat im Herbst 1968 über den Bundesrat dem Bundestag einen „Entwurf über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften“ (112) vorgelegt, worin manche andere Regelungen

(105) Vgl. Reuter S. 32.

(106) Vgl. v. Caemmerer, F. A. Z., S. 11.

(107) Vgl. hierzu insbes. Barocka, S. 27 ff; BR-Drucks. 489/68, S. 14.

(108) Vgl. zu den sozialpolitischen Aspekten Neuburger a. a. O., S. 12 ff.

(109) Schäcker, S. 25.

(110) S. aber o. S. 14 f.

(111) Vgl. F. u. W. Nr. 74 v. 20.9.1967, S. 3.

(112) Der Entwurf, welcher von den Bundesministern für Wirtschaft, der Justiz und der Finanzen gemeinsam erstellt, gemäß Art. 76 II GG von der Bundesregierung beschlossen wurde und beim Bundesrat am 13.9.1968 eingegangen ist, wurde am 16.9.1968 als BR-Drucksache 489/68 veröffentlicht.

des schweizerischen AFG mitberücksichtigt sind. In der vorliegenden Arbeit soll indes dieser Entwurf unberücksichtigt bleiben, da er nach im Bundestag geäußelter Ansicht, unter anderem wegen einiger verfassungsrechtlicher Bedenken, kaum in der gegenwärtigen Fassung Gesetz werden dürfte. Im übrigen empfiehlt sich auch deshalb, nur das derzeit in Kraft befindliche deutsche Recht zu behandeln, weil Art. 2 § 2 des genannten Entwurfes überdies den Bundesminister der Justiz, den Bundesminister für Wirtschaft und den Bundesminister der Finanzen ermächtigt, das KAGG „unter neuer Überschrift und in neuer Paragraphenfolge bekanntzumachen und dabei Unstimmigkeiten des Wortlautes zu beseitigen.“ (113)

Als weitere Fortentwicklung der Gesetzgebung im Investmentwesen wird des weiteren, vor allem in der Literatur, (114) auch die Erfassung der Immobilienanlagegesellschaften gefordert. (115)

2. Schweiz

In der Schweiz setzten die Vorarbeiten zu einer Legiferierung über das Investmentgeschäft erst später ein. Anlaß war ein ursprünglich als Motion eingebrachtes Postulat vom 26.6.1957. (116) Ein erster Expertenentwurf vom Dezember 1960 führt zum ersten Entwurf des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes vom 1.5.1961. Nach einer wesentlichen Überarbeitung, in der die zivilrechtliche Konstruktion des Anlagefonds besonders herausgestellt wurde, kam es unter Mitwirkung einer zweiten Expertenkommission zu einem erneuten Entwurf, den der Bundesrat der Bundesversammlung am 23.11.1965 vorlegte. (117) Mit nur geringfügigen Änderungen (118), wurde das Bundesgesetz über die Anlagefonds (AFG) am 1.7.1966 beschlossen; es ist zusammen mit der Vollziehungsverordnung (AFV) - sie datiert vom 20.1.1967 - am 1.2.1967 in Kraft getreten. (119) (120)

Interessanterweise bezweckte die Motion (121) und auch die verschiedentlich geäußerte Kritik am ersten Entwurf (122) eine nur grobe Skizzierung des

(113) Abgedruckt in BR-Drucks. 489/68 S. 12 2. Sp.

(114) Vgl. die Diss. von Kruhme, insbes. S. 104 f., sowie die Diss. von Martini.

(115) Über ihre rechtliche Qualifikation vgl. Reichel, BB 1965, S. 1117 ff.; Weigel, Kruhme.

(116) Vgl. zur Motion Rosset Botschaft, S. 258 ff.

(117) BBl. 1965 III S. 258-357.

(118) Vgl. Amtl. Bulletin des Nationalrates 1966, S. 241 - 276; Amtl. Bulletin des Ständerates 1966, S. 150 - 167.

(119) AS 1967, 115 für das AFG; AS 1967, 135 für die AFV.

(120) Vgl. zur Entstehungsgeschichte des AFG auch Hirsch, Überblick, S. 1 ff.

(121) Vgl. Botschaft, S. 258.

(122) Vgl. Botschaft, S. 259.

Investmentgeschäfts unter den Gesetzgeber, die hätte sein im wesentlichen auf die Vorschriften der öffentlichen Aufsicht - in Anlehnung an die gewerbe-
polizeiliche Aufsicht über die Banken und Versicherungen - sowie auf Schutz-
vorschriften für die Anleger durch Bestimmungen über die Publizität und durch
die Gewährung des Aussonderungsrechtes beschränken. (123) Eine weitere Ähnlich-
keit mit dem Vorgehen des Gesetzgebers in Deutschland zeigt sich in der an-
schließenden sorgfältigen Abklärung der rechtlichen Konstruktion des Anlage-
fonds.

In der Schweiz hieß es aber, auf die im Rahmen der Vertragsfreiheit gewachsene
rechtliche Konzeption der bestehenden Investmentunternehmen gebührend Rück-
sicht zu nehmen, welche gerade zur Zeit der Ausarbeitung des Gesetzentwurfes
mit ca. 7 Mrd. Fr Fondsvermögen einen nicht unbedeutenden Wirtschaftsfaktor
darstellten. (124) Da nun in der Literatur unterschiedliche Meinungen über die
rechtliche Stellung der Anleger sowie zur Frage der Beiziehung der Depotbank
hintergeworden waren (125) und der Gesetzgeber überdies der Meinung war, daß
der Anleger als der schwächere Partner im Investmentgeschäft zwingender ge-
setzlicher Regelungen bedürfe, (126) kam es zu einer sorgfältigen Analyse der
Investmentpraxis, gefolgt von einer klaren gesetzgeberischen Entscheidung über
die Rechtsbeziehungen der am Investmentgeschäft Beteiligten.

Bemerkenswert ist der vom deutschen Investmentgesetz abweichende Aufbau, den
der schweizerische Gesetzgeber den dem AFG unterstellten Investmentfonds zu-
grundegelegt hat; dies insbesondere, weil für beide Gesetzgeber der schweize-
rische Investment Trust die Rechtstatsache war, der es ein passendes gesetz-
liches Gewand anzulegen galt. (127)

Was die sozial- und wirtschaftspolitische Zielsetzung des deutschen KAGG an-
langt, hat sich der schweizerische Gesetzgeber in traditioneller Befolgung seiner
recht liberalen Grundeinstellung ausdrücklich gegen solche **Maßnahmen** ausge-
sprochen; (128) so hat er auch eine steuerliche Privilegierung nicht für geboten
gehalten. Eine gewichtige Ausnahme beinhaltet aber Art. 48 AFG, der eine
wirtschaftspolitische Intervention der Nationalbank hinsichtlich des Kapital-
exportes durch Investmentfonds gestattet.

(123) Vgl. auch Gautschi, Art. 394 N 19 c, der eine „weitere Novelle zum Ge-
schäftsführungsrecht“ neben Mitteln der öffentlichen Aufsicht, die sich im
Banken- und Versicherungsrecht bewährt hatten, für überflüssig hielt, da
„das Genügen des schweizerischen Privatrechts für das praktische Funktio-
nieren der Rechtsbeziehungen erwiesen“ sei.

(124) Botschaft, S. 284.

(125) Vgl. Botschaft, S. 287 ff.

(126) Botschaft, S. 280 f.

(127) Allerdings konnte der früher tätig gewordene deutsche Gesetzgeber sich
mehr nach dem anglo-amerikanischen Vorbild orientieren, zumal er im
deutschen Wirtschaftsraum keine genügend verwurzelten Modelle des In-
vestmentgeschäftes vorfand, an denen er sich hätte ausrichten müssen.

(128) Botschaft, S. 281.

B. Der Geltungsbereich der Gesetze

Die beiden Investmentgesetze erfassen nicht das gesamte Investmentgeschäft, wie es hier definiert worden ist. Dies versteht sich aus dem Bemühen des Gesetzgebers, aus der Vielfalt der sich herauskristallisierten Formen des Investmentgeschäfts nur diejenige durch die Zurverfügungstellung einer in sich geschlossenen Spezialgesetzgebung, durch den Namensschutz und - in Deutschland - durch besondere steuerliche Behandlung (129) herauszugreifen und zu fördern, die seiner Auffassung nach dem Investmentgedanken, so wie er ihn versteht, am besten entspricht. (130) Dabei hat der deutsche und der schweizerische Gesetzgeber den Kreis für den Geltungsbereich des KAGG bzw. des AFG verschieden weit gezogen.

1. Der Geltungsbereich des KAGG

Der deutsche Gesetzgeber hat die Frage des Geltungsbereiches des KAGG mittelbar in § 1 KAGG geregelt, indem er eine Legaldefinition schuf; deren Begriffsmerkmale müssen kumulativ vorhanden sein, damit das KAGG Anwendung finden kann. (131) § 1 I KAGG definiert als Investmentunternehmen (Kapital-

(129) Beide Gesetze beinhalten Eingriffe in die freie Gestaltung des Investmentgeschäftes zum Schutze der Anleger. Insoweit ist die Beschränkung des Investmentgeschäftes, das grundrechtlich durch Art. 12 GG bzw. Art. 31 BV garantiert ist, verfassungskonform.

Verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen jedoch im KAGG die steuerrechtlichen Vorteile, die es allein den Investmentunternehmen i. S. d. KAGG gewährt, nicht aber jenen anderen Unternehmen, die gleichwohl das Investmentgeschäft im wirtschaftlichen Sinne betreiben, aber vom Aufbau her nicht unter die Legaldefinition des § 1 I KAGG fallen.

Die h. M. geht zurecht davon aus, daß der Staat, soweit er Vergünstigungen gewährt, eine gewisse Ermessensfreiheit hat, wem er diese Vorteile zukommen lassen will. Es ist aber fraglich, ob der Staat noch verfassungskonform handelt, wenn er gleichgelagerte Fälle, etwa das Immobilienanlagegeschäft oder auch die individuelle Wertpapieranlage des Direktaktionärs anders als das Investmentgeschäft i. S. d. KAGG behandelt. Indes kann im Rahmen dieser Arbeit hierauf nicht weiter eingegangen werden.

Vgl. zur steuerrechtlichen Lage Tormann, Die Investmentgesellschaften, S. 34 f.

(130) Die Zurückführung des Investmentgeschäftes auf einen oder nur wenige Grundtypen durch den Gesetzgeber ist sogar wünschenswert, denn sie dient der Übersichtlichkeit in der Rechtsordnung und damit der Sicherheit im Rechtsverkehr.

(131) H. M., vgl. Schäcker, S. 43 Fußn. 59 f

anlagegesellschaften) Unternehmen, deren wirtschaftliche Betätigung (132) folgende Kriterien umfaßt:

- Anlage der von den Anlegern geleisteten Geldeinlagen
- Anlage in Wertpapieren
- Anlage nach dem Grundsatz der Risikomischung
- Handeln im eigenen Namen (133)
- Handeln für gemeinschaftlich Rechnung der Anleger (Fremdverwaltung)
- Gesonderte Verwahrung des Investmentfonds

Das KAGG ist dabei nur auf solche Investmentunternehmen anwendbar, deren Sitz oder Geschäftsleitung im Geltungsbereich des GG liegt. Alle anderen Investmentunternehmen gelten als ausländische Investmentunternehmen; sie fallen nicht in den Geltungsbereich des KAGG. (134)

2. Der Geltungsbereich des AFG

a. Unmittelbare Geltung des AFG

Im Gegensatz zum KAGG nennt das AFG den „Geltungsbereich des Gesetzes“ als erste Überschrift im Ersten Titel des Gesetzes und bestimmt ihn näher in Art. 1 I AFG. Danach findet das AFG unmittelbar Anwendung „auf alle Anlagefonds, deren Leitung ihren Sitz in der Schweiz hat.“ (135) In Art. 2 I AFG folgt dann die Begriffsbestimmung des **Anlagefonds**

Das AFG stellt in der Legaldefinition nicht wie das KAGG auf das Investmentunternehmen ab, sondern darauf, wie der Gegenstand des Investmentgeschäftes, der Anlagefonds, behandelt wird. Um vergleichen zu können, inwieweit die beiden Gesetze das Investmentgeschäft decken, soll hier die Begriffsbestimmung gleichfalls auf das Investmentunternehmen ausgerichtet werden. Damit sind die Kriterien für die gesetzesunmittelbare Anwendung des AFG gemäß Art. 2 I AFG die folgenden:

- Sitz des Investmentunternehmens in der Schweiz
- Aufbringung des anzulegenden Vermögens aufgrund öffentlicher Werbung
- Anlage des von den Anlegern eingebrachten Vermögens
- Anlage nach dem Grundsatz der Risikoverteilung

(132) Der Gesetzesausdruck „Geschäftsbereich“ unterscheidet sich von der sonst im Gesellschaftsrecht üblichen Wendung „Gegenstand des Unternehmens“. Vgl. dazu Tormann-Siara, § 1 Anm. I, S. 22; Schäcker, S. 43.

(133) Vgl. zur Bedeutung dieses Begriffsmerkmals Schäcker, S. 43 Fußn. 59.

(134) Vgl. BT - Drucksache III/1909, S. 3; „Investment - heute und morgen in ZfgKw 1967, S. 758 f.

(135) Maßgebend ist allein die Eintragung im Handelsregister. Vgl. BGE 94 I 77. Für die Sitzverlegung ins Ausland ist Art. 51 HRegV maßgebend, vgl. BGE 94 I 80.

- Anlage zum Zweck gemeinschaftlicher Kapitalanlage
- Handeln für Rechnung der Anleger (Fremdverwaltung) (136)

Diese gesetzlichen Merkmale müssen kumulativ vorhanden sein, damit das AFG unmittelbare Anwendung findet. (137)

b. Mittelbare Anwendung des AFG

Während das AFG eo ipso anwendbar ist, wenn das Investmentgeschäft gemäß den angeführten Kriterien betrieben wird, beansprucht es mittelbare Geltung in bestimmten Fällen ähnlicher Organisation des Investmentgeschäftes.

aa. Anwendung des AFG aufgrund der Vollziehungsverordnung auf weitere inländische anlagefondsähnliche Sondervermögen

Art. 1 II AFG behält dem Bundesrat vor, „den Anlagefonds ähnliche Sondervermögen dem Gesetz (zu) unterstellen.“ Damit ist eine flexible Anpassung des Spezialgesetzes an die Entwicklung des Investmentgeschäftes ermöglicht. (138) Der Bundesrat hat mit Art. 5 I AFV von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und damit auch diejenigen Investmentunternehmen dem AFG unterstellt, die sämtliche Kriterien des Art. 2 I AFG verwirklichen mit Ausnahme des Grundsatzes der Risikoverteilung. Damit sind insbesondere Immobilienfonds mit- einbezogen, bei denen das Investmentvermögen nur eine Liegenschaft oder Über- bauung enthält. (139)

Art. 5 AFV ist der bisher einzige Gebrauch des Bundesrates von dieser Ermäch- tigung. Diese gestattet aber, den gesamten wirtschaftlichen Bereich des Invest- mentgeschäftes, soweit es von einem Investmentunternehmen mit Sitz in der Schweiz betrieben wird, (140) dem Gesetz zu unterstellen. Denn grundsätzlich ist gemäß Art. 2 I i. V. m. Art. 1 II AFG nicht „Ähnlichkeit“ hinsichtlich jedes einzelnen Kriteriums oder gar, wie Art. 5 I a. E. AFV vermuten läßt, Identität mit vier und Ähnlichkeit mit dem fünften Merkmal verlangt: Art. 1 II AFG fordert nur eine Ähnlichkeit mit dem Anlagefonds, wie ihn der Gesetz- geber im AFG konzipiert hat. Damit ist auch eine hinreichende inhaltliche

(136) Hirsch, *Le Champ d'Application*, S. 67 ff., sieht in der Beschränkung auf die Fremdverwaltung eine Lücke der Legaldefinition, da bei der körperschaftsrechtlichen Organisationsform des Investmentgeschäftes die gesetzlichen Schutzvorschriften zugunsten der Anleger hinter denen im AFG für notwendig erachteten zurückbleiben.

(137) Arg. Art. 5 I AFV e contr.

(138) Vgl. Botschaft, S. 315.

(139) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 71; Schuster, Art. 2 Anm. 3.

(140) Vgl. hierzu ausführlich Hirsch a. a. O. S. 77 ff.

Veranlassung (141) der gesetzlichen Ermächtigung des Bundesrates in Art. 1 II AFG besteht so daß hinsichtlich seiner Verfassungsmäßigkeit keine Bedenken bestehen.

3.3. Sondervermögen ohne Risikoverteilung

Art. 5 I AFV hat sich, genommen ist freilich als höchst bedenklich anzusehen. Dann muß die inhaltliche Deckung der von Art. 5 I AFV umfaßten Sondervermögen mit den vom Gesetzgeber in Art. 1 II AFG gemeinten vermeint werden, weil eine Ähnlichkeit logischerweise nicht vorliegen kann, wenn man ein vom Gesetzgeber als wesentlich angesehenes und in der Legaldefinition ausdrücklich genanntes Merkmal einfach wegfällt, ohne andere Momente darzutun, die ein solches Sondervermögen trotz der Unähnlichkeit gegenüber einem Anlagefonds i. S. d. AFG mangels des Merkmals der Risikoverteilung dennoch diesen Anlagefonds ähnlich machen. (142) In dieser weiten, von der ratio legis unabhängigen Interpretation des Art. 5 I AFV könnte nämlich gerade die oben ausgeschlossenen sog. Holdings i. e. S. Platz finden. Auch sonstige Beteiligungsunternehmen (Holdings i. w. S.), die zwar kein erhöhtes Risiko bei der einzelnen Anlage eingehen, da sie innerhalb der Beteiligungsgrenzen des Art. 7 AFG bleiben können, dabei jedoch ihr gesamtes Vermögen in nur wenigen solcher Beteiligungen anlegen, fielen dann unter Art. 5 I AFV. Bleibt es bei diesem Ergebnis, wenn man Art. 5 I AFV richtigerweise inhaltlich so eingrenzt, daß eine Ähnlichkeit mit dem vom Gesetz umfaßten Investmentgeschäft bestehen muß?

Zunächst muß untersucht werden, was denn der Gesetzgeber als seine Investmentidee aufgefaßt hat und wie diese aus dem Gesetz selbst zu entnehmen ist.

Der historische Gesetzgeber hat den Art. 1 II AFG vorderrangig deshalb geschaffen, damit künftige Entwicklungen des Investmentgeschäftes eingefangen werden können. (143) Dazu hätte es allerdings einer Delegationsnorm nicht bedurft; künftige Entwicklungen können nämlich durch einfache Auslegung (144) bzw. durch analoge Anwendung des Gesetzes auf „ähnliche“ Fälle dem Gesetz unterstellt werden. Jedoch kann nicht geleugnet werden, daß eine klare Entscheidung von Seiten der Exekutive auf Grund einer dafür vorgesehenen Delegation manchen Unsicherheiten vorbeugen kann, die sonst erst durch die Banken-

- (141) So wäre von der gesetzlichen Ermächtigung die Einbeziehung einer Holding i. e. S. in den Anwendungsbereich des Gesetzes nicht mehr gedeckt. Eine solche Holding i. S. einer Kontrollgesellschaft würde hinsichtlich des Risikoverteilungsmerkmals des Art. 2 I AFG i. V. m. Art. 5 I AFV wohl die erforderliche Ähnlichkeit besitzen, allein das Verständnis des Investmentunternehmens als grundsätzlich nicht unternehmerisch tätig werdendes Unternehmen, wie es in Art. 7 I u. II und Art. 35 I AFG zum Ausdruck kommt, steht einer Ähnlichkeit mit dem Anlagefonds des Art. 1 I AFG entgegen. S. dazu weiter unten.

42) Gl. A. Hirsch, a. a. O., S. 71; vgl. a. Hirsch, Überblick, S. 5.

44) Es ist hiermit gemeintlich an die sog. teleologische Auslegungsmethode

kommission und die Justiz eine Klärung erführen.

Als dann nennt der historische Gesetzgeber aber den „Schutz des (Investment-) Anlagepublikums,“ der mit Hilfe dieser Delegationsnorm „gewährleistet“ werden könne. (145) Dieser Hinweis in der Botschaft läßt zugleich ein Grundproblem für die Gesetzgebungen der modernen Rechtsstaaten offenbar werden: Die Kräfte des modernen Wirtschaftslebens gestalten sich in dem Maße eigenmächtig, daß die im System der geltenden Rechtsbegriffe ruhenden Gesetze nicht mehr in der Lage sind, die Vielgestalt des sich dynamisch weiterentwickelnden Wirtschaftslebens - und das Verhältnis des Menschen zu ihr - in den Griff zu bekommen. Wenn z.B. der deutsche Gesetzgeber 10 Jahre vorher noch das Investmentwesen fördern wollte, damit die Bevölkerung als „Miteigentümer“ am Wirtschaftspotential des Volkes teilhaben könne, (146) alsdann die Rechtswissenschaft zu dem Ergebnis kam, daß der Investmentanleger trotz der „Miteigentümerlösung“ gar nicht anders als derjenige Anleger dasteht, der nur obligatorische Rechte hinsichtlich seiner Beteiligung am Investmentfonds hat, (147) wenn dann das Investmentwesen in der Werbung teilweise als die kapitalistische Form des Kommunismus bezeichnet wird, (148) wenn schließlich amerikanische Investmentunternehmen eine solche Machtstellung haben, daß sie als institutionelle Anleger die althergebrachten Mitgliedschafts- und Herrschaftsrechte des Aktionärs in den Publikumsgesellschaften ausüben, dann kann der Gesetzgeber sich in diesem Fluß des Eigentumsbegriffes vom absoluten Herrschaftsrecht zur bloßen Ordnungsfunktion in der Tat vorerst nur auf die Gewährleistung des Schutzes des Anlagepublikums beschränken. - Läßt sich nun hieraus ein Ansatz zur gestellten Frage nach der Konzeption des Investmentgedankens im AFG gewinnen? Daß der Gesetzgeber mit Hilfe des Art. 1 II AFG sämtliche Kapitalanlagegeschäfte schützen, also dem AFG unterstellen wollte, kann nicht gefolgert werden. Denn wenn das AFG ausdrücklich unter dem Titel „Geltungsbereich des Gesetzes“ eine klare Definition gibt, welcher Wirtschaftsbereich diesem Spezialgesetz unterzogen sein soll, so gibt die Formulierung des Art. 1 II AFG keine ausreichenden Anhaltspunkte, daß sonstige Anlagegeschäfte, die nicht Investmentgeschäfte sind, ebenfalls dem AFG unterstellt werden können. (149) Das AFG sollte unmittelbar - und mittelbar über Art. 1 II AFG - das wirtschaftliche Phänomen Investmentgeschäft erfassen. Damit ist auf die Ausgangsdefinition des Investmentwesens zurückzugehen: Das Investmentwesen ist die Vermögensanlage unter sachlicher und persönlicher Risikoverteilung in anderen Anlagewerten

zu denken.

(145) Botschaft, a.a.O.; vgl. a. Art. 1 III AFG.

(146) Vgl. Neuburger, in Tormann - Siara.

(147) Vgl. Schäcker, S. 130; Botschaft, S. 292.

(148) Vgl. Der Spiegel, Nr. 9 / 1968, S. 44.

(149) Vgl. aber Hirsch, Le Champ d'Application, S. 10. Hirsch geht mit sehr beachtenswerten Argumenten im AFG nur einen Schritt zum Schutz sämtlicher Kapitalanlagen der breiten Bevölkerung.

(150) S.o. S. 1 f.

Wenn die sachliche Risikoverteilung aufgehoben ist, indem das Investmentunternehmen befugterweise das Anlagevermögen unter Umständen auch in einem einzigen Objekt anlegen kann, so muß man wohl noch eine wirtschaftliche Ähnlichkeit dieses Typs mit dem eigentlichen Investmentfonds annehmen, bei dem für die Anleger allein der Unterschied besteht, daß ihre Einlagen in dieses Sondervermögen quantitativ einem größeren Risiko ausgesetzt sind; im übrigen braucht aber kein weiterer Unterschied zu einem Anlagefonds i. S. d. AFG zu bestehen. Dann bedürfen jedoch Anleger dieser Sondervermögen eines noch größeren Schutzes. Sie leisten nämlich ihre Einzahlungen kollektiv ebenfalls in ein Sondervermögen aufgrund öffentlicher Werbung, gehen dabei - zumindest theoretisch - aber ein größeres Risiko ein als Anleger in Anlagefonds. Damit muß für diesen Fall Art. 5 I AFV als mit der Delegationsnorm des Art. 1 II AFG vereinbar angesehen werden.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, daß sich Art. 5 I AFV bei gesetzeskonformer Auslegung im Rahmen der Delegationsnorm des Art. 1 II AFG hält.

bbb. Bedenken der Gesetzmäßigkeit des Art. 5 II AFV

Bedenken muß allerdings die Art erwecken, in welcher der Bundesrat von der Delegationsnorm des Art. 1 II AFG in Art. 5 II AFV Gebrauch gemacht hat. Daß den Anlagefonds nur ähnliche Sondervermögen nicht in jeder Hinsicht gemäß dem auf die eigentlichen Anlagefonds i. S. d. Art. 2 I AFG zugeschnittenen AFG behandelt werden sollten, ist sachlich einleuchtend. Allein es stellt sich die Frage, ob die Einschränkung der Unterstellung i. S. d. „Abweichungen vom Gesetz und von der Verordnung“ sowie die Subdelegation der Kompetenz, die Abweichungen zu bestimmen, rechtlich zulässig ist.

aaaa. Bedenken der Gesetzmäßigkeit des Art. 5 II AFV hinsichtlich des delegierten Gegenstandes

Zunächst erhebt sich also die Frage, ob die Ermächtigung des Art. 1 II AFG an den Bundesrat hinsichtlich des Inhalts der Delegationsverordnung Abweichungen vom Gesetz zuläßt, wie dies Art. 5 II AFV beinhaltet. (151)

Unter „Abweichung vom Gesetz“ (152) ist dreierlei zu verstehen: Einmal bedeutet dies eine Einschränkung der mittelbaren Geltung des Gesetzes in dem Sinne, daß auf die anlagefondsähnlichen Sondervermögen nicht das ganze Gesetz, sondern nur einzelne Vorschriften anwendbar sein sollen; zum anderen beinhaltet diese Formulierung die Möglichkeit teilweiser Abänderung unter

(151) Zum Begriff der Delegationsverordnung vgl. Brack, S. 21.

(152) Der Begriff Gesetz ist hier im materiellen Sinne zu verstehen, umfaßt also das AFG sowie die AFV, soweit sich letztere natürlich im Rahmen des AFG hält.

grundsätzlicher Anwendung des Gesetzes; schließlich ist eine Kombination beider Verfahren möglich. Der Delegator hat sich streng im Rahmen der Delegationsnorm zu halten. (153) Die Beurteilung der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Art. 5 II AFV hängt also von der Interpretation der gesetzlichen Ermächtigung ab.

Für den Fall der teilweisen Unterstellung unter das Gesetz könnte man versucht sein, in einem Schluß a maiore ad minus (154) zu argumentieren, daß, wenn die völlige Unterstellung dieser Sondervermögen unter das AFG zulässig sein soll, erst recht die Anwendung nur eines Teiles dieses Gesetzes auf sie statthaft sein muß. Dieser Schluß ist indessen nicht zulässig. Denn es handelt sich bei den „Abweichungen vom Gesetz“ nicht um ein quantitatives Weniger an Gesetz, das dann den anlagefondsähnlichen Sondervermögen zugeordnet wird; die jeweils getroffene Auswahl der „Abweichungen“ kann nämlich für die Natur der Rechtsbeziehungen um diese Sondervermögen von recht unterschiedlicher Tragweite sein, so daß es sich im Einzelfall um eine Auswahl handeln kann, die, anstatt diese Sondervermögen dem AFG zu unterstellen, sie prae er legem stellt. (155)

Was die Alternative der teilweisen Abänderung des Gesetzes unter grundsätzlicher Anwendung der Vorschriften des AFG anlangt, ist dem delegierenden Gesetz gleichfalls nichts zu entnehmen. Art. 1 II AFG bietet keine Handhabe, vom AFG abweichende Wege zu eröffnen.

Hinsichtlich der dritten Alternative, d.h. der Kombination aus beiden vorgenannten Alternativen, kann nichts anderes gelten.

Vollziehungsverordnungen haben den Inhalt des delegierenden Gesetzes sachgetreu zur Geltung zu bringen; vom Gesetzeswillen abweichende Wege, wie sie hier die „Abweichungen“ darstellen, sind durch die Delegationsnorm Art. 1 II AFG nicht mehr gedeckt und damit rechtswidrig und ungültig. (156)

Könnte der Bundesrat aber seine Kompetenz zur Rechtsetzung im hier beschriebenen Umfang aus seinem selbständigen, d.h. ohne Delegation des Parlamentes bestehenden Ordnungsrecht herleiten? Diese Kompetenz, die sich der Bundesrat selbst zuerkannt hat, ist sehr umstritten, (157) wird jedoch für die Fälle anerkannt, in denen es um die Wahrung der Sicherheit und Ordnung der Eidgen-

(153) Vgl. Ruck, Verwaltungsrecht I, S. 89 f.; Brack, S. 60; s.a. Hirsch, a.a.O., S. 71.

(154) Zur Abhängigkeit dieses Subalternationsschlusses von der teleologischen Auslegung des Art. 1 II AFG - der Prämisse - vgl. Schneider, S. 181 ff.

(155) Im Ergebnis ebenso Hirsch, a.a.O., S. 71, für den Fall des Art. 5 I AFV, wo nichts anderes getaht, als ein bestimmtes Kriterium der Legaldefinition unterdrückt wird.

(156) Vgl. Ruck, a.a.O., S. 89 f.

(157) Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 790 ff.; Ruck, Staatsrecht S. 235 f.

nossenschaft i. S. d. Art. 102 Ziff. 5, 9 u. 10 BV geht. (158) Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor, so daß sich auch aus dieser Erwägung keine rechtsgültige Kompetenz für ein in Art. 5 II AFV umschriebenes Vorgehen ergibt; zudem würde diese sog. selbständige Kompetenz vor der höherrangigen Gesetzesermächtigung zurückweichen müssen.

bbbb. Bedenken der Gesetzmäßigkeit des Art. 5 II AFV hinsichtlich der Subdelegation

Weiter ist bei Art. 5 II AFV zu prüfen, ob Art. 1 II AFG in seiner Fassung oder Auslegung den Bundesrat desweiteren betruß, die vermeintliche Kompetenz zur Entscheidung der Frage, inwieweit das Gesetz anwendbar bzw. auf anlagefondsähnliche Sondervermögen nicht anwendbar sein soll, sowie zur abweichenden Rechtsetzung an die Aufsichtsbehörde delegieren darf. Die Delegationsnorm nennt als Delegatar der Rechtsetzungskompetenz den Bundesrat. Nach überwiegender Ansicht ist damit zwar eine Subdelegation auf eine der Regierung eingeordnete Behörde nicht ausgeschlossen, sie ist aber in allen übrigen Fällen unzulässig, es sei denn, daß sie im Delegationserlaß ausdrücklich erteilt wird. (159) Die Eidgenössische Bankenkommision in Bern als Aufsichtsbehörde i. S. d. AFG - Art. 10 I AFG - ist eine unabhängige Behörde der Eidgenossenschaft, ebenso wie das Bundesgericht in Lausanne. Dem Bundesgericht sind nun wiederholt Rechtsetzungsbefugnisse delegiert worden. (160) Aus der Tatsache, daß das Parlament in Art. 1 II AFG unter den Bundesbehörden ausdrücklich den Bundesrat ermächtigt hat, erhellt daher, daß die Ermächtigung der Bankenkommision gerade nicht beabsichtigt war. Damit ist auch die Tatsache der Subdelegation als solche durch die Delegationsnorm des Art. 1 II AFG nicht gedeckt.

Nach alledem kann nur gefolgert werden, daß Art. 5 II AFV seinem vollen Umfang nach rechtswidrig und somit ungültig ist. (161)

Die Depotbank im schweizerischen Investmentgeschäft wird also die Frage, ob sie hinsichtlich eines solchen Sondervermögens dem AFG untersteht, besonders sorgfältig prüfen und sich entsprechend verhalten müssen.

(158) Vgl. Ruck, a. a. O., S. 235 f.; Brack, S. 16 ff.

(159) H. M.; vgl. statt aller Ruck, Verwaltungsrecht I, S. 88 u. Brack, S. 57 f. Vgl. auch das Bankengesetz: Art. 4 II i. V. m. Art. 56 BankenG befugt den Bundesrat zum Erlaß bestimmter Richtlinien; Art. 4 III AFG berechtigt ausdrücklich die Bankenkommision, Abweichungen von den Richtlinien nach dem Art. 23 III lit. d. BankenG zuzulassen.

(160) Vgl. z. B. Art. 15 II SchKG u. Art. 15 II, 63 des Eidg. Enteignungsgesetzes

(161) Entsprechend obliegt Verwaltungsbehörden und Gerichten, Art. 5 II AFV auf seine Rechtsgültigkeit zu prüfen. Vgl. Ruck, Verwaltungsrecht I, S. 88 f. über die praktisch sehr eingeschränkte Überprüfung von Delegationsverordnungen auf ihre Gesetzmäßigkeit durch den Richter, insbesondere durch das Bundesgericht vgl. Fleiner/Cammatt, S. 335 ff.; Ruck, Staatsrecht, S. 236; Brack S. 60 ff.

bb. Anwendung des AFG aufgrund der Vollziehungverordnung auf ausländische Anlagefonds

Art. 1 III AFG ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von „zum Schutz der Anleger erforderlichen Vorschriften über ausländische Anlagefonds, für die in der Schweiz öffentlich geworben wird.“ Im Gegensatz zur Ermächtigung hinsichtlich der anlagefondsähnlichen inländischen Sondervermögen gibt der Gesetzgeber hier keine konkrete Anweisung, wie von seiner delegierten Rechtsetzungsbefugnis Gebrauch zu machen ist; er setzt lediglich den Rahmen, in dem sich die selbständige Verordnungsbefugnis des Bundesrates zu bewegen hat. Die Ermessensbefugnis der Regierung findet damit ihre Grenze allein an der Zielsetzung des AFG: ihre Maßnahmen müssen vom Gedanken des Schutzes der schweizerischen Anleger getragen sein. (162)

Damit ist der Inhalt einer aufgrund Art. 1 III AFG zu erlassenden Verordnung ausreichend bestimmt, so daß an der Gesetzmäßigkeit dieser Ermächtigung keine Zweifel bestehen.

Bisher hat der Bundesrat von seiner Rechtsetzungskompetenz nach Art. 1 III AFG mit Art. 6 AFV Gebrauch gemacht. (163)

5 Unterschiedliche Erfassung des Investmentgeschäftes in KAGG und AFG

Die unterschiedliche Erfassung des Investmentgeschäftes in beiden Investmentgesetzen hat zunächst für das Investmentunternehmen selbst größte Bedeutung, hängt doch von ihr die ganze Organisation des Investmentgeschäftes ab. Alsdann geht die Frage, ob ein bestimmter Investmentfonds unter das eine oder andere Gesetz fällt, vor allem die Depotbank an, die zur Verwaltung dieses Investmentfonds beigezogen wird. Bevor eine Bank sich zur Übernahme der Funktion als Depotbank verpflichtet, wird sie daher prüfen, ob sie hinsichtlich des betreffenden Investmentfonds die Rechtsstellung der Depotbank i. S. d. KAGG oder AFG übernimmt oder ob es sich um eine lediglich auf Vertragsfreiheit beruhende Hinzuziehung handelt, für die zwar ebenfalls die Sachbezeichnung „Depotbank“ verwendet wird, die Spezialgesetze mit ihren zwingenden Pflichten und Rechten aber keine Geltung haben.

a. Sitz des Investmentunternehmens

Beide Investmentgesetze sind unmittelbar nur auf solche Investmentunternehmen anwendbar, die ihren Sitz im Inland haben. (164) Der schweizerische Gesetz-

(162) Vgl. Botschaft, S. 315.

(163) Vgl. hierzu ausführlich Hirsch, *Le Champ d'Application*, S. 73 ff. Im Rahmen dieser Arbeit braucht hierauf nicht näher eingegangen zu werden.

(164) Zur Problematik des Sitzes im IPR vgl. Hirsch, a. a. O., S. 77 ff

geber hat jedoch auch ausländische Investmentfonds in den Bereich seiner Spezialgesetzgebung - Art. 1 III AFG i.V.m. Art. 6 AFV - einbezogen. Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahre 1957 ein solches Erfordernis offensichtlich noch nicht gesehen. (165) Nunmehr ist allerdings im Regierungsentwurf 1968 auch die Erfassung der ausländischen Investmentfonds vorgesehen. (166)

b. Öffentliche Werbung

Das Begriffsmerkmal der öffentlichen Werbung erscheint nur im AFG, im KAGG wird es nicht zur Voraussetzung für die Einschlägigkeit des Gesetzes gemacht. (167)

Der Bundesrat hat das Merkmal der öffentlichen Werbung in Art. 1 AFV näher erläutert: es muß sich um eine Werbung handeln, und diese darf sich nicht bloß an einen eng begrenzten Personenkreis richten.

Damit ist aber noch keine klare Abgrenzung des Kriteriums der öffentlichen Werbung erreicht worden. (168) Man wird annehmen müssen, daß der Gesetzgeber und der Bundesrat mit diesem flexiblen Merkmal alle Formen kollektiver Kapitalanlage erfassen wollte, bei denen die übrigen Merkmale der Legaldefinition gegeben sind und bei denen die gleiche Anonymität zwischen Investmentunternehmen und Anlegern herrscht wie im typischen Investmentgeschäft der schweizerischen Praxis, wo der Anleger keinerlei Einfluß oder Kontrolle bezüglich der Investmenttätigkeit hat und auch keine ständige Information über den Verlauf der Vermögensverwaltung genießt. Der Umstand einer größeren Anlegerzahl ist dabei als widerlegbare Vermutung dieser Anonymität zu qualifizieren.

Gleiches muß aber auch für die Werbung selbst gelten. Haben die Anleger von Sondervermögen nämlich eine gewisse Kontrollmöglichkeit gegenüber der Fondsverwaltung oder werden sie fortlaufend über die Geschäftstätigkeit unterrichtet, wie dies bei der traditionellen Vermögensverwaltung üblich ist, so ist ein aus-

(165) Vgl. BR-Drucks. 489/68, S. 14.

(166) Der Entwurf stellt in Art. 1 § 1 I 1 interessanterweise nicht auf den Unternehmenssitz ab, sondern darauf, ob das Fondsvermögen ausländischem Recht unterstellt ist.

(167) Wegen der steuerrechtlichen Bevorzugung von Investmentfonds war im KAGG dieses besondere Unterscheidungsmerkmal nicht erforderlich. Hin- gegen ist dieses Kriterium für diejenigen Investmentunternehmen, bei denen es darüber entscheidet, ob das AFG anwendbar ist oder nicht, von erheblicher Bedeutung: Da das AFG unmittelbar den ihm unterstellten Investmentunternehmen keine wirtschaftlichen Vorteile, aber gewisse Pflichten bezüglich Organisation, Publizität und Aufsicht bringt, ist in besonderen Fällen ein erhebliches Interesse denkbar, die Anwendung des AFG gerade an diesem Tatbestandsmerkmal scheitern zu lassen.

(168) Vgl. hierzu ausführlich Hirsch, a. a. O., S. 69 ff.

reichender Schutz der Anleger gewährleistet, so daß eine staatliche Einflußnahme auf dieses atypische Investmentgeschäft nicht erforderlich erscheint. (169) Eine Depotbank, für die hinsichtlich der Frage, ob sie dem AFG unterstellt ist oder nicht, das Kriterium der öffentlichen Werbung den Ausschlag zu geben hat, wird dies im Zweifelsfalle danach zu entscheiden haben, ob der Schutzzweck des AFG zugunsten der Anleger des betreffenden Sondervermögens die Anwendung des AFG verlangt. (170) Im übrigen wird erst eine gefestigte Praxis der Bankenkommission bzw. des Bundesgerichts Klarheit schaffen können.

c. Art der Kapitalaufbringung

Auch insoweit unterscheiden sich beide Investmentgesetze, als die Art der Einlage in den Investmentfonds Kriterium des Geltungsbereiches des Gesetzes ist. Das AFG erachtet jeglichen Beitrag zum Investmentvermögen als ausreichend, verlangt dann aber von ihm unterworfenen Investmentunternehmen, ausschließlich Barleistungen entgegenzunehmen. (171) Das KAGG hingegen ist von vornherein nur auf diejenigen Investmentunternehmen anwendbar, die „eingelegtes Geld“ der Anleger anlegen. Da zurzeit in beiden Ländern keine anders arbeitenden Investmentunternehmen bekannt sind, ist dieser rechtliche Unterschied für die Praxis ohne Belang.

d. Art der Anlagen

Das KAGG ist gemäß § 1 I KAGG nur auf Investmentunternehmen anwendbar, die das Fondsvermögen in Wertpapieren anlegen. Unternehmen, die das Immobiliengeschäft investmentmäßig betreiben, stehen daher außerhalb des Geltungsbereiches des Gesetzes.

Das AFG ist auch hier weiter gefaßt. Jedes Kapitalanlage-Unternehmen fällt insoweit unter das Gesetz, darf aber nach Art. 6 I und Art. 31 AFG nur in Wertpapieren und Immobilienwerten investieren.

Hinsichtlich der zulässigen Wertpapiere (172) ist interessant, daß das KAGG den Erwerb von Anteilscheinen anderer Investmentunternehmen grundsätzlich

(169) Hirsch, a. a. O., S. 71, erwägt, ob man das Vorhandensein einer öffentlichen Werbung nicht verneinen müsse, wenn sich eine Fondsleistung ausschließlich an die Kundschaft einer bestimmten Bank wendet und nur Einlagen ab einer gewissen Größenordnung entgegennimmt. Soweit sich das Investmentunternehmen in diesen Fällen gegenüber den Kunden zu einer fortlaufenden Rechnungslegung - etwa durch Tagesauszüge über die jeweiligen Depot- und Kontobewegungen - verpflichtet, wird dem zuzustimmen sein.

(170) So schon Botschaft, S. 315; vgl. auch Hirsch, a. a. O., S. 69.

(171) Art. 8 I 1 sowie Art. 20 III AFG.

(172) S. dazu u. S. 67 ff.,

verbietet, während ihn das AFG nur in gewissen Fällen untersagt. (173)

e. Grundsatz der Risikoverteilung

Der Grundsatz der Risikoverteilung bzw. -mischung ist beiden Investmentgesetzen gemeinsam. Er wird jedoch in KAGG und AFG unterschiedlich interpretiert. (174)

f. Handeln im eigenen Namen

Das Handeln der Fondsleitung im eigenen Namen ist nur im KAGG Bestandteil der Legaldefinition, wird im AFG dann allerdings auch für die ihm unterworfenen Fondsleitungen obligatorisch. Das AFG hat also auch hinsichtlich dieses Merkmals einen weiteren Einzugsbereich. Zudem hat der schweizerische Gesetzgeber mit der umfassenderen Begriffsbestimmung das Aufkommen einer Diskussion vermieden, wie sie seinerzeit um dieses Merkmal in Deutschland entstand. (175)

g. Fremdverwaltung

Beiden Gesetzen gemeinsam ist wieder das Merkmal der Fremdverwaltung. Alle Organisationsformen des Investmentgeschäftes, bei denen das Investmentunternehmen für eigene Rechnung handelt, (176) fallen also nicht in den Geltungsbereich des KAGG bzw. des AFG.

Im schweizerischen Investmentgeschäft gestattet indes Art. 1 II AFG, daß der Bundesrat auf dem Verordnungswege die für eigene Rechnung arbeitenden Investmentunternehmen gleichfalls dem AFG unterstellt. (177)

Hinsichtlich der Fremdverwaltung weisen die Gesetze einen redaktionellen Unterschied auf: das KAGG spricht von „gemeinschaftlicher“ Rechnung zugunsten der Anleger, während das AFG ohne diesen Zusatz auskommt. Man könnte geneigt sein, dieser unterschiedlichen Wendung keine Beachtung zu schenken, zumal Art. 2 I AFG von „gemeinschaftlicher“ Kapitalanlage spricht. Tatsächlich wird aber durch diese Formulierung des AFG unterstrichen, daß der schweizerische Gesetzgeber - im Gegensatz zum deutschen - unter den Anlegern keinerlei „gemeinschaftliches“ Rechtsverhältnis anerkennt. (178) Für die Frage des

(173) § 7 VI KAGG; Art. 6 II AFG.

(174) § 7 II-V KAGG; Art. 7 AFG; s. a. u. S. 69, 178.

(175) Vgl. dazu Schäcker, S. 42 f.

(176) Bei der körperschaftsrechtlichen Lösung etwa sind die Anleger am Investmentunternehmen selbst beteiligt, so daß die Unternehmensleitung wirtschaftlich ebenfalls für fremde Rechnung handelt.

(177) Vgl. hierzu auch Hirsch, a. a. O., S. 68; BR-Drucks. 489/68 S. 17 Sp. 20.

(178) Das Schweigen des Gesetzgebers zur Frage einer Gemeinschaft der Anleger ist als qualifiziertes Schweigen zu werten, da dieses Problem vor Erlaß

Geltungsbereiches der Gesetze ist dieser Unterschied jedoch unerheblich, da es sich in jedem Fall um eine Fremdverwaltung handelt.

h. Getrennte Verwahrung von Investmentfonds

Das AFG läßt für die Einschlägigkeit des Gesetzes genügen, daß ein Investmentfonds durch eine Fondsleitung verwaltet wird. Das KAGG ist auch hier enger gefaßt. Nur Investmentunternehmen, die Fondsvermögen und Eigenvermögen gesondert anlegen, fallen in den Herrschaftsbereich des KAGG. (179) Das AFG macht indes den von ihm regierten Investmentunternehmen in Art. 13 I AFG zur Pflicht, den Grundsatz der getrennten Aufbewahrung der Anlagefonds durch besondere Kennzeichnung zu erfüllen. (180)

i. Ausstellung von Anteilscheinen

In Deutschland kommt nur dann ein Investmentunternehmen in den Genuß des KAGG, wenn es den Anlegern über ihre Beteiligung am Investmentfonds Urkunden (Anteilscheine) ausstellt. Enthalten die Vertragsbedingungen mit den Anlegern hierüber nichts, bleiben diese Investmentunternehmen außerhalb des Geltungsbereiches des KAGG.

Das schweizerische Investmentgesetz hingegen ist auch hier weiter gefaßt und kann entsprechend in Art. 20 II AFG die Fondsleitung zur Ausstellung von Anteilscheinen verpflichten.

j. Zusammenfassung

Die Gegenüberstellung der im KAGG und im AFG enthaltenen Legaldefinitionen im Hinblick auf den Geltungsbereich des jeweiligen Investmentgesetzes zeigt, daß der deutsche und der schweizerische Gesetzgeber gesetzestechisch verschiedene Wege gegangen sind. Das Schweizer Investmentgesetz erfaßt praktisch das gesamte schweizerische Investmentgeschäft, soweit es nach dem Prinzip der Fremdverwaltung betrieben wird. Durch die Delegationsnorm des Art. 1 II AFG können die Grundsätze des AFG auf sonstige Erscheinungsformen des Investmentgeschäftes mittelbar angewendet werden. Für die Investmentunternehmen, auf die das AFG anwendbar ist, gibt das AFG hinsichtlich organisatorischer und rechtlicher Gestaltung aldann die näheren Anweisungen. Das KAGG ist einen anderen Weg gegangen, kommt wirtschaftlich jedoch, wenn man einmal vom Bereich

des AFG sehr diskutiert wurde. Vgl. Botschaft, S. 273; Hirsch, Überblick, S. 3.

(179) Entscheidend ist, daß sich das Investmentunternehmen zur getrennten Verwahrung verpflichtet hat; ob die Kapitalanlagegesellschaft tatsächlich entsprechend den Investmentverträgen den Fonds aufbewahrt, ist für die Frage der Anwendbarkeit des KAGG irrelevant, s. aber § 6 I 3 KAGG.

(180) Vgl. auch Amonn, S. 52.

der Immobilienfonds absieht, für das deutsche Investmentgeschäft zum entsprechenden Ergebnis wie das AFG: Es erreicht, obwohl es formal nur auf eine eng zugeschnittene Organisationsform des Investmentgeschäftes ausgerichtet ist, den Einzug des gesamten deutschen Wertpapierinvestmentgeschäftes, indem es durch seine steuerlichen Vergünstigungen für die ihm unterworfenen Kapitalanlagegesellschaften den das Investmentgeschäft Betreibenden praktisch keine andere Wahl läßt, als sich in ihrem Aufbau nach der Legaldefinition des § 1 I KAGG auszurichten.

C. Die Terminologie im Investmentgeschäft und in den Gesetzen

Das Investmentgeschäft in der deutschen und schweizerischen Wirtschafts- und Rechtsordnung verwendet nicht immer einheitliche Bezeichnungen. Dies erklärt sich zum Teil daraus, daß auf gebräuchliche Ausdrücke Rücksicht genommen oder die Begriffe - in der Schweiz - innerhalb der Landessprachen aufeinander abgestimmt werden mußten. Wo erforderlich, wurde in dieser Arbeit den Sachbezeichnungen der Vorzug gegeben.

Die Depotbank bewahrt in beiden Investmentgesetzen den Investmentfonds auf. § 11 I KAGG bezeichnet diese Stelle ausdrücklich als Depotbank und führt weiter aus, daß es sich um ein Kreditinstitut i. S. d. KWG handelt. Art. 5 III AFG präzisiert, daß die Depotbank des Investmentgeschäftes eine Bank i. S. d. BankenG zu sein hat, welche im übrigen hinsichtlich des Grundkapitals noch gewisse Anforderungen zu erfüllen hat. (181)

Als Investmentunternehmen wird hier jedes Unternehmen bezeichnet, welches das Investmentgeschäft betreibt und dabei einen Investmentfonds leitet. Das KAGG hat sich der alten Bezeichnung aus der Zwischenkriegszeit bedient und das Investmentunternehmen also „Kapitalanlagegesellschaft“ benannt. (182) Darin kommt zum Ausdruck, daß das KAGG gemäß § 1 II für Leitung eines Investmentfonds ausschließlich Kapitalgesellschaften, und zwar in der Rechtsform der AG oder GmbH, zuläßt. Der schweizerische Gesetzgeber hatte den in der Praxis eingebürgerten Sachbegriff „Fondsleitung“ schon im Vorentwurf übernommen, obschon er in Art. 18 I VE die Leitung von Anlagefonds nur Aktiengesellschaften zugestehen wollte. Das AFG jedoch ist dieser Einschränkung der Gewerbefreiheit nicht soweit gefolgt und gestattet die Leitung von Anlagefonds jeglichem Unternehmen, das Bank i. S. d. Art. 1 BankenG ist, Art. 3 II AFG.

(181) Die schweizerische Investmentpraxis hatte vor Inkrafttreten des AFG überwiegend den Namen „Trustee“ oder „Treuhänderin“ verwandt, wohingegen der Vorentwurf (VE) von der „Verwahrungsstelle“ sprach. Vgl. Vernehmlassung der Vereinigung schweizerischer Verwaltungsgesellschaften von Investment-Trusts, S. 13.

(182) S. o. S. 15.

Derjenige, der dem Investmentunternehmen Kapital zur Anlage im Investmentfonds zur Verfügung stellt, wird im deutschen Recht Anteilinhaber genannt, § 1 I KAGG. Diese Bezeichnung enthielt auch der Schweizer Entwurf in Art. 9 III E. Das AFG hat aber in seiner deutschen Fassung - der französische Text ist beim „porteur de parts“ verblieben - die wirtschaftliche Seite der Beteiligung in den Vordergrund gestellt und deshalb die Bezeichnung „Anleger“ gewählt. Dieser Name soll wegen seiner prägnanteren Form vorgezogen werden, zumal er sich auch im Geltungsbereich des KAGG leicht aus der „Kapitalanlagegesellschaft“ ableiten läßt.

Der Investmentfonds ist der Inbegriff der Gegenstände des Investmentgeschäftes. Rechtlich handelt es sich in beiden Rechtsordnungen um ein Sondervermögen. (183) Entsprechend hat ihn der deutsche Gesetzgeber bezeichnet und in §§ 6 f. KAGG definiert. Der schweizerische Gesetzgeber hingegen hat auch hier einen Sachbegriff gewählt, jedoch nicht die in der Praxis übliche Bezeichnung „Investmentfonds“ übernommen, sondern das Sondervermögen als „Anlagefonds“ bezeichnet, Art. 1 II AFG. Anlagefondsähnliche Vermögen heißen auch im AFG Sondervermögen, Art. 1 II AFG; ausländische Investmentfonds aber tragen die Bezeichnung „ausländische Anlagefonds“, Art. 1 II AFG. (184)

III. Die gesetzlichen Grundlagen des Investmentgeschäftes in Deutschland und in der Schweiz

Der deutsche wie der schweizerische Gesetzgeber haben sich für eine Spezialgesetzgebung über das Investmentwesen entschieden. Dies ergab sich aus der doppelten Aufgabe, der sie gegenüberstanden: Schaffung einer besonderen privatrechtlichen Ordnung des Investmentgeschäftes und Setzung öffentlich-rechtlicher Normen des Polizei-, Steuer- und Strafrechts. Eine Eingliederung in die bestehende Rechtsordnung etwa durch Erweiterung des KWG bzw. des Bankengesetzes hätte dem besonderen Charakter der zu ordnenden Materie nicht genügend Rechnung getragen. (185)

Das besondere Anliegen der Gesetzgeber, dem Investmentanleger einen angemessenen Schutz zu gewähren, erforderte Eingriffe in die Organisation seiner Partner, aber auch eine Reglementierung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten untereinander. Demgemäß ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit in beiden Kodifizierungen weitgehend eingeengt worden, (186) so daß die beiden Investmentgesetze größtenteils „ius cogens“ sind.

(183) S. u. S. 67, 177.

(184) Vgl. Hirsch, Überblick, S. 6 u. 18; Schuster, Art. 2 Anm. 6. A. A. Botschaft, S. 316.

(185) Vgl. Botschaft S. 300.

(186) Vgl. Art. 8 IV AFG: „Die Bestimmungen dieses Titels gehen, wo nicht abweichende Vereinbarungen ausdrücklich vorbehalten sind, dem Fondsreglement vor.“

Die vorliegenden Spezialgesetze regeln die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten des Investmentgeschäftes nicht abschließend. Subsidiär gelten, soweit die Spezialgesetze keine besondere Bestimmung enthalten, die allgemeinen Regeln der jeweiligen Rechtsordnung. (187)

A. Gesetzliche Grundlagen im deutschen Recht

Ergänzend zum KAGG ist insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) heranzuziehen; hinzu treten das Handelsgesetzbuch (HGB) sowie Aktiengesetz (AktG) und Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH). Das Depotgesetz (DepG) ist durch § 8 IV KAGG ausdrücklich für das Rechtsverhältnis der Anleger zur Kapitalanlagegesellschaft ausgeschlossen; es gilt indessen mittelbar auch für sie, da es zwischen der Depotbank und der Kapitalanlagegesellschaft Anwendung findet.

Die Kapitalanlagegesellschaft unterliegt dem Kreditwesengesetz (KWG) nach § 2 I KAGG, die Depotbank nach § 11 I 1 KAGG i. V. m. §§ 1 ff. KWG. (188)

B. Gesetzliche Grundlagen im schweizerischen Recht

Neben dem AFG ist vor allem das Obligationenrecht (OR) Grundlage des schweizerischen Investmentgeschäftes. (189). Für die Depotbank und für die Fondsleitung, sofern letztere eine Bank ist, ist weiterhin das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankenG) verbindlich, obwohl das AFG in Art. 37 ff. AFG eine spezielle Regelung der Revision und Aufsicht über die Fondsverwalter trifft. (190)

IV. Die wirtschaftliche Bedeutung des Investmentgeschäftes

A. Ausweitung des Kapitalmarktes

Das Investmentgeschäft stellt wohl das zur Zeit im breiten Publikum aktuellste Kapitalmarktgeschäft dar. Immer weitere Kreise der Bevölkerung bevorzugen diese Art der Kapitalanlage, die durch Gesetze abgesichert ist, ihnen durch eine schlagkräftige Werbung angetragen wird und die insbesondere keine eigene Verwaltungstätigkeit erfordert. (191) Die Anleger (192) in Anteilscheinen von

(187) Vgl. § 2 I KAGG und Art. 8 II AFG für das deutsche bzw. schweizerische Recht.

(188) Vgl. Schäcker, S. 41.

(189) Schon Art. 8 II AFG weist auf die subsidiäre Anwendung der Art. 394 ff. OR hin; damit ist der Anwendungsbereich des OR aber keineswegs erschöpft.

(190) Vgl. Art. 39 II AFG.

(191) So sind beispielsweise in den USA Ende 1966 über 3,5 Millionen Anleger in Investmentanteilen gewählt worden. Vgl. Hirsland in F. u. W. Nr. 70 v. 6. 9. 1967, S. 9.

(192) Die m. E. wenig glückliche Bezeichnung „Investmentsparer“, die vor allem

Investmentfonds erhoffen durch diese mittelbare Beteiligung an Sachwerten die allgemein zu beobachtende Kaufkraftminderung des Geldes aufzufangen. (193) Auch für die traditionellen Träger der Kapitalmarktgeschäfte, das sind in Europa vorwiegend Banken, bedeutet das Investmentgeschäft eine Bereicherung ihrer Geschäftstätigkeit. Soweit es sich um Banken handelt, hat das Investmentgeschäft für sie einen dreifachen Aspekt: Einmal bedeutet es für sie die Aufnahme eines weiteren Geschäftszweiges, der Vergütung für die Verwaltung eines Investmentfonds mit sich bringt. (194) Zum anderen können sie den Anlagebedürfnissen ihrer Kundschaft mit einem zusätzlichen Angebot begegnen sowie ihren Kundenkreis durch neue Investmentanleger erweitern. Schließlich können die Banken ihrer emittierenden Kundschaft einen in seiner Aufnahmefähigkeit durch die rapide Zunahme des Investmentgeschäftes sich ständig ausweitenden Kapitalmarkt vermitteln.

B. Gewichtsverlagerung im Kapitalmarkt auf institutionelle Anleger

Die Investmentfonds bzw. die Investmentunternehmen zählen zu den sogenannten institutionellen Anlegern. (195) Die individuellen Anleger bestreiten an den amerikanischen Börsen nur noch zwei Drittel der gesamten Umsätze. (196) Die institutionellen Anleger haben z. B. an der New York Stock Exchange im Jahr 1966 bei einer Nettokapitalaufnahme der Emittenten von nur 1,2 Mrd. Dollar einen Anlagebedarf von ca. 5 Mrd. Dollar geltend gemacht, wovon die Mutual Funds wiederum rund ein Drittel anlegten. (197)

in der deutschen Literatur verwendet wird, verdeutlicht, daß manche Bevölkerungskreise, die bislang nur indirekt über das Kontensparen am Kapitalmarkt teilnahmen, durch das Investmentgeschäft eine Bereicherung ihrer Anlagemöglichkeiten gewonnen haben. Dabei kann das Investmentgeschäft Brücke zur individuellen Kapitalanlage sein.

- (193) Gerade die deutschen Anleger haben im Jahre 1967 in noch nie dagewesenem Maße die Anlage in Investmentfonds bevorzugt. Vgl. FuW Nr. 49 26.6.1968, S. 3.
- (194) In den USA beliefen sich z. B. bei einem Fondsvermögen von 45 Mrd. Dollar die von den Investmentunternehmen eingenommenen Vergütungen auf ca. 650 Mill. Dollar. Vgl. Hirseland, a. a. O.
- (195) Zu den institutionellen Anlegern gehören weiter Pensionsfonds, Versicherungen, Stiftungen und von Banken verwaltete, persönliche Treuhandfonds.
- (196) FuW Nr. 11 v. 10.2.1968, S. 4.
- (197) Die Mutual Funds der USA hielten Ende 1966 37 Mrd. Dollar in Aktien. Vgl. FuW Nr. 11 v. 10.2.1968 S. 4.

Das Gewicht der Investmentfonds an den Börsen wird deutlich, wenn man bedenkt, daß Transaktionen der Investmentfonds größtenteils sogenannte Aktienpakete betreffen. Das sind Größenordnungen, die den individuellen Anlegern gewöhnlich nicht zur Verfügung stehen. Damit verändert das Investmentgeschäft das gewohnte Bild der Börsen. (198)

In der Wirtschaftspresse wird der Einfluß der Investmentfonds auf die Börsen weitgehend verzerrt dargestellt. Nicht selten wird dem Investmentgeschäft Verfälschung des Börsenbildes vorgeworfen. Tatsächlich wird eine überlegte Anlagepolitik aber zu einem antizyklischen Verhalten neigen. (199) Es darf dabei nicht übersehen werden, daß das Investmentgeschäft, wie die traditionellen Geschäfte der individuellen Anleger, seinen legitimen Platz auf den Kapitalmärkten hat, ihn also auch entsprechend geltend machen kann. Kritik wäre indessen wohl an der kontinentalen Börsenpraxis anzusetzen, welche nur zu einem geringen Teil die tatsächlichen Effektenumsätze erfaßt, weil die Großzahl der Banken nur die Geschäfte über die Börse abwickeln, die sie nicht durch die sog. Kompensationen erfüllen können. (200)

C. Beherrschung von Unternehmen

Das beachtliche wirtschaftliche Gewicht des Investmentgeschäftes zeigt sich, wenn man die Beteiligungsquoten von Investmentunternehmen an anderen Wirtschaftsunternehmen betrachtet.

Eine im Herbst 1967 veröffentlichte Untersuchung der Verhältnisse in den USA ergab, daß von den 151 größten amerikanischen Investmentfonds bei 252 Wirtschaftsunternehmen mehr als 10% des Aktienkapitals gehalten wurden. (201)

- (198) So wurden im Jahre 1967 an amerikanischen Börsen Schwankungen registriert, die im Verlauf von nur wenigen Monaten das Ausmaß von 100 % der Börsenbewertung eines Unternehmens erreichten. Vgl. FuW Nr. 42, 47 und 85 Jg. 1967.
- (199) Es sei nur an die jüngst aufgetauchten „Dual Investment Trusts“ erinnert, die ihr Interesse von den Highflyers auf die lange vernachlässigten, aber renditeschwereren Werte lenkten. Vgl. Le mois économique et financier, August 1967, herausg. vom Schweizerischen Bankverein, Basel, S. 4 f.
- (200) Vgl. dazu Zahn, J., Braucht Deutschland eine Börsenreform, in FuW Nr. 32 v. 27. 4. 1968.
- (201) Als höchste Beteiligungsquoten ergaben sich:
- 32 % an Northwest Airlines
 - 31 % an Raytheon Company
 - 27 % an American Airlines
 - 27 % an Philip Morris
 - 27 % an National Airlines
 - 26 % an Ittek
 - 25 % an Eastern Airlines

Aber auch einzelne Investmentunternehmen können erhebliche Beteiligungen aufbauen. (202) Damit liegt auf der Hand, daß auf „performance“ bedachte Investmentunternehmen auf jene Gesellschaften Einfluß nehmen können. So soll der Dreyfus-Fund bei der Polaroid, an der die oben genannten 251 Fonds zusammen mit 21,1 % beteiligt waren, auf eine sogenannte aggressivere Geschäftspolitik hingewirkt haben. (203)

Es ist hier nicht Aufgabe, diese Entwicklung unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu würdigen. Das Beispiel der USA besagt aber immerhin, daß die dem Investmentgedanken eignende Beschränkung auf bloße Kapitalanlage eine idealisierende Fiktion ist, die zudem rechtlich kaum ohne Änderung des Eigentuminstitutes faßbar ist. (204)

D. Entwicklungen im Investmentgeschäft

Das Investmentgeschäft ist längst nicht mehr nur eine Sparform für den kleinen Mann, wie es noch zurzeit der Kodifizierung des KAGG hieß. Das Investmentgeschäft zeichnet sich immer mehr als ein eigenständiges Glied unter den Kapitalmarktgeschäften ab.

So gibt es bereits spezialisierte Investmentunternehmen, die nur Einlagen gewisser Größenordnungen annehmen und damit vor allem sonstigen institutioneller Anlegern, aber auch Wertpapier-Großdepots, offen stehen. (205)

Auch werden Investmentverträge mit Versicherungsschutz angeboten, wobei langfristige Sparpläne durch einen Versicherungsvertrag für den Fall der Nichterfüllung durch den Tod des Anlegers abgesichert werden.

Als neueste Variante des Investmentgedankens wurde kürzlich ein Investmentfonds mit „Rückzahlungsgarantie“ gegründet. Dabei soll nur ein Viertel der Einlagen der Anleger investmentmäßig angelegt werden. Drei Viertel werden als Redemption-Trust bei der Depotbank als Bankguthaben unterhalten; sobald dieser Redemption Trust durch die Kapitalisierung der anlaufenden Zinsen 100 % der Einlagen erreicht hat, gehen die überschießenden Zinsen zu Anlagezwecken

(202) Im schweizerischen Recht steht dem Art. 7 II AFG entgegen, im deutschen Recht kann die entsprechende Bestimmung in § 7 IV KAGG jedoch dadurch umgangen werden, daß mehrere Kapitalanlagegesellschaften miteinander verbunden sind und auf diese Weise ihre Beteiligungsquoten akkumulieren. Beispiele für beherrschende amerikanische Investmentunternehmensgruppen bei Ittensohn, in **FuW** Nr. 37 Jg. 1967.

(203) Vgl. Ittensohn a. a. O.

Damit treten die institutionellen Anleger an die Stelle des traditionellen Großaktionärs. So völlig neu ist diese Beherrschung von Unternehmen durch Kapitalsammelstellen jedoch nicht. Durchaus vergleichbar ist z. B. das sogenannte Depotstimmrecht der Banken.

(204) S. o. S. 27 f.

(205) Vgl. **FuW** Nr. 29 vom 25.4.1967; Nr. 9 vom 3.2.1968 S. 9

in den eigentlichen Investmentfonds, so daß ab diesem Zeitpunkt unter der Voraussetzung einer ausreichenden Liquidität der Depotbank in der Tat eine gewisse Absicherung der Anleger erreicht werden kann. (206)

§ 2 DIE ROLLE DER DEPOTBANK IM INVESTMENTGESCHÄFT

Bevor die Rechtsstellung der Depotbank im Verhältnis zu ihren Partnern des Investmentgeschäftes behandelt werden kann, ist darzulegen, wer am Investmentgeschäft beteiligt ist und welche Rolle die Depotbank ihnen gegenüber spielt.

I. Die Beteiligten am Investmentgeschäft

Unter Beteiligten am Investmentgeschäft sind all die natürlichen und juristischen Personen zu verstehen, die sich mit der Errichtung, Verwaltung, Kontrolle und Aufsicht von Investmentfonds sowie dem Erwerb, dem Handel und der Verwahrung ihrer Anteilscheine befassen und soweit sie im betreffenden Gesetz Erwähnung finden.

Als Beteiligte des Investmentgeschäftes sind daher zu nennen:

- Depotbank (207)
- Investmentunternehmen (208)
- Hinterlegungsstelle (209)
- Anleger (210)
- Emittent der Wertpapiere (211)
- Revisionsstelle (212)
- Aufsichtsbehörde (213)
- Zentralbank (214)

Unter den Beteiligten lassen sich drei herausgreifen, die durch den sogenannten Investmentvertrag unmittelbar bzw. mittelbar miteinander verbunden sind: die Depotbank, das Investmentunternehmen und der Anleger; sie bilden das soge-

(206) Vgl. hierzu FuW Nr. 19 vom 9.3.1968.

Bemerkenswerterweise ist bei diesem Experiment die Kritik am jederzeitigen Rückgaberecht der Anleger bei Immobilienanlagefonds kaum noch aufrecht zu erhalten.

(207) § 11 I KAGG; Art. 5 AFG.

(208) §§ 1-5 KAGG; Art. 3 u. 4 AFG.

(209) § 11 III 2 KAGG; Art. 13 II, III AFG.

(210) § 10 KAGG; Art. 20 ff. AFG.

(211) § 7 III-VI KAGG., Art. 7 AFG

(212) Art. 37 ff. AFG.

(213) §§ 11 I, II; 2 KAGG; Art. 40 ff.; 3 I; 5 I AFG.

(214) Art. 48 AFG

nannte Dreiecksverhältnis im Investmentgeschäft. (215) Während innerhalb dieses Dreiecks in Deutschland wie in der Schweiz im wesentlichen die gleichen wirtschaftlichen Vorgänge abgewickelt werden, weist die rechtliche Struktur erhebliche Unterschiede auf. Das bedingt für die Untersuchung der einzelnen Rechtsverhältnisse eine zusammengefaßte Behandlung des Dreiecksverhältnisses in der einen und in der anderen Rechtsordnung. Denn bei der vergleichenden Darstellung jedes einzelnen Rechtsverhältnisses bestünde die Gefahr, daß wirtschaftlich Zusammengehörendes zu sehr auseinandergerissen würde und dann nur schwer als Einheit erkennbar ist.

II. Die Beteiligung der Depotbank

Nach § 11 I KAGG nimmt die Depotbank am Investmentgeschäft teil, indem sie von der Kapitalanlagegesellschaft eines Investmentfonds mit der Erfüllung bestimmter Aufgaben beauftragt wird. Diese Konstruktion wird aber den tatsächlichen Gegebenheiten im Investmentgeschäft nicht gerecht. In Deutschland wie in der Schweiz geht nämlich bei Neuauflagen eines Wertpapier-Investmentfonds die Initiative hierzu fast ausschließlich von Banken aus. Diese gründen zur Durchführung des Investmentgeschäftes ein Investmentunternehmen und behalten sich regelmäßig die Rolle der Depotbank vor. (216)

Dementsprechend spricht das schweizerische AFG. - in Art. 5 I AFG heißt es allerdings, eine Depotbank müsse „beigezogen“ werden - schlicht von der Tatsache der Teilnahme der Depotbank am Investmentgeschäft: „Wo eine Depotbank besteht, nimmt sie ... am Verträge teil.“ (217)

A. Zwingende Beteiligung der Depotbank in Deutschland

Im deutschen Investmentgeschäft hat eine Kapitalanlagegesellschaft aufgrund der Legalobligation des § 11 I KAGG „mit der Verwahrung von Sondervermögen sowie mit der Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen ... ein anderes Kreditinstitut (Depotbank) zu beauftragen.“ Es handelt sich also um eine zwingende, gesetzlich vorgeschriebene Beteiligung einer Depotbank bei dem Investmentgeschäft, das seiner Organisation nach dem KAGG unterworfen ist.

B. Subsidiäre Beteiligung der Depotbank in der Schweiz

In der Schweiz ist die Rechtslage hinsichtlich der Beteiligung der Depotbank eine andere: die Depotbank ist nur subsidiärer Partner im Investmentgeschäft;

(215) Vgl. Boveri, S. 2, 9 ff.; Gessler, S. 11 f.

(216) Vgl. Sutz, S. 12. Über die Beteiligungsverhältnisse an den deutschen Kapitalanlagegesellschaften vgl. Hoppenstedt.

(217) Art. 8 II AFG; s. auch Art. 18 I, IV; 9 I AFG.

Art. 5 I AFG schreibt ihre Teilnahme nur für den Fall vor, daß die Fondsleitung selbst keine Bank ist. Ist die Fondsleitung aber eine Bank i. S. d. AFG, (218) werden sämtliche der Depotbank im Gesetz vorbehaltenen Rechte und Pflichten (219) von der Fondsleitung selbst wahrgenommen, nämlich „das gesamte Fondsvermögen aufzubewahren und dafür zu sorgen, daß nach Gesetz oder Fondsreglement unzulässige Anlagen unterbleiben;" alsdann „die Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine sowie den ganzen Zahlungsverkehr für den Anlagefonds" zu besorgen, Art. 18 I, II AFG. Die Depotbank ist damit zum rechtlichen Verständnis des Schweizer Investmentgesetzes nicht wesentlich. (220)

Zu dieser Lösung führten den schweizerischen Gesetzgeber grundsätzliche Überlegungen über die Struktur des Investmentgeschäftes. Diese sollen hier skizziert werden, weil eine Interpretation des AFG im Hinblick auf die Rechtsstellung der Depotbank daran nicht vorbeigehen kann.

1. Verschiedene Alternativen vor Erlass des AFG

Die Stellung der Depotbank im Investmentgeschäft hat dem Gesetzgeber von Anfang an größere Schwierigkeiten bereitet. Er sah sich vor der Aufgabe, zunächst die Rechte und Pflichten der Depotbank gegenüber den Beteiligten des Investmentgeschäftes, so wie es historisch in der Schweiz gewachsen war, herauszuarbeiten und diese dann auf einfache Art rechtlich zu erfassen, wobei er sich zusätzlich daran orientieren mußte, wie er den Investmentgedanken verstand. (221) Dem Gesetzgeber boten sich letztlich drei verschiedene Konzeptionen an. Als erste Alternative faßte der Vorentwurf in Art. 14 I VE die obligatorische Beiziehung einer Depotbank ins Auge. (222) Auch wurde, um den Schutz des Anlegers effektiv zu machen, an den Ausschluß der personellen (223) und der kapitalmäßigen Verflechtung zwischen Fondsleitung und Depotbank gedacht. Dies hätte aber praktische Schwierigkeiten auf den Plan gerufen. (224) Daher wurde als Ersatz die Statuierung der Solidarhaftung von Fondsleitung und Depotbank erwogen. (225) Gegen die obligatorische Beteiligung der Depotbank mit Solidarhaftung machte aber die Schweizerische Bankiervereinigung geltend, daß sie ohne Einräumung umfassender Kontrollmöglichkeiten über die Fondsleitung,

(218) Art. 5 I i. V. m. Art. 3 II AFG.

(219) Vgl. Art. 12 I AFG.

(220) Botschaft, S. 307; vgl. auch Hirsch, Überblick, S. 3.

(221) Vgl. dazu Botschaft, S. 259 f.

(222) Ursprünglich waren die Depotbanken in die schweizerische Investmentpraxis eingeführt worden, damit das wünschenswerte Aussonderungsrecht der Anleger rechtlich ermöglicht werden konnte.

(223) So Art. 18 III VE.

(224) Vgl. Botschaft, S. 287.

(225) Vgl. Art. 48 II VE, der jedoch durch eine gesetzliche Verschuldensvermutung leicht gemildert war.

insbesondere wenn diese selbst Immobilien erwerbe, nicht die Verantwortung dafür übernehmen könne, daß unzulässige Anlagen unterbleiben; der gesteigerte Schutz der Anleger durch die zwingende Teilnahme der Depotbank am Investmentgeschäft würde zur bloßen Fiktion.

Anschließend an den Vorentwurf diskutierte man den gänzlichen Wegfall der Depotbank. Es sollte genügen, daß die Fondsleitungen Banken sind, (226) da das Wertpapiergeschäft ohnehin Domäne der Banken sei und die schweizerischen Fondsleitungen größtenteils durch ihre späteren Depotbanken gegründet worden seien. (227) Es wurde eine Verschärfung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen über diese Fondsleitung-Banken vorgeschlagen und als Vorteil die sich dann weitaus einfacher darstellende Organisation des Investmentgeschäftes herausgestellt. Der Ausschluß der Depotbank vom Investmentgeschäft hätte aber einen schweren Eingriff in die schweizerische Investmentpraxis bedeutet, (228) insbesondere hätte er Probleme mit sich gebracht, wo mehrere Banken als Depotbanken wirkten und die Fondsleitungen von mehreren Banken gegründet waren. Letztlich griff die Ansicht von der Rückführung des Dreiecksverhältnisses auf ein Zweiparteienverhältnis auch nicht durch, weil die Verwaltung von Immobilienfonds kein eigentliches Bankgeschäft ist.

Der Bundesrat schlug alsdann in seiner Botschaft eine differenzierte subsidiäre Beteiligung der Depotbank vor. Was die Wertpapierfonds anlangt, sollte die Mitwirkung einer Depotbank im Investmentgeschäft nur dann zwingend sein, wenn die Fondsleitung keines Bank ist. Dabei weist die Botschaft ausdrücklich darauf hin, daß eine fakultativ beigezogene Depotbank doch eine „gewisse zusätzliche Garantie“ bieten könne. Bei den Immobilienfonds sollte es nach dem Gesetzentwurf - Art. 5 I E - beim fakultativen Beizug der Depotbank bleiben, weil der Bundesrat Zweifel hegte, daß im Immobilienfondsgeschäft eine Bank der Aufbewahrungs- und der Gewährleistungspflicht nach Art. 18 I AFG in vollem Umfang nachkommen könne. (229)

2. Die gesetzliche Regelung der Subsidiarität

Entgegen dem Entwurf des Bundesrates in seiner Botschaft verlangte die Bundesversammlung überraschend die Gleichbehandlung von Wertpapier- und Immobilienanlagefonds hinsichtlich der Beiziehung einer Depotbank; so sieht Art. 5 I

(226) Vgl. Botschaft, S. 287 f.

(227) Immerhin gab es 1963 bereits 19 Investmentfonds, deren Verwaltung ausschließlich in den Händen einer Fondsleitung lag; davon waren 18 Privatbankiers.

(228) 1964 waren an der Verwaltung sämtlicher schweizerischer Investmentfonds Depotbanken bei 90 % aller Fonds beteiligt. Vgl. Amtl. Bulletin des Nationalrates 1966, S. 262 1. Sp.

(229) Vgl. Botschaft, S. 289 f.

AFG die zwingende Mitwirkung einer Depotbank im Investmentgeschäft vor, wenn die Fondsleitung keine Bank ist. Für das Immobilienanlagefondsgeschäft bedeutet diese Lösung, da die Fondsleitungen von Immobilienfonds in der schweizerischen Praxis gewöhnlich keine Banken sind, daß in diesem Bereich grundsätzlich eine Depotbank am Investmentgeschäft beteiligt sein wird. (230)

3. Faktische Beteiligung der Depotbank in der schweizerischen Investmentpraxis

Die vom KAGG abweichende Beurteilung der Rolle der Depotbank für das schweizerische Investmentgeschäft, als rechtlich nicht wesentlicher Partner könnte den Gedanken nahelegen, daß eine vergleichende Gegenüberstellung der Depotbank des KAGG und der Depotbank des AFG wenig sinnvoll sei und daß man statt dessen lieber der schweizerischen Fondsleitung-Bank die auf deutscher Seite aufgespaltene Fondsverwaltung durch Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank gegenüberstellen solle. Allein man würde damit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. In der bisherigen Geschichte des schweizerischen Investmentgeschäftes hat die Einrichtung einer Depotbank als „Treuhänder“ und „Garant“ insbesondere für das ausländische Anlegerpublikum so große Bedeutung gehabt, daß trotz der rechtlich nur subsidiären Stellung der Depotbank ihre tatsächliche Bedeutung für das Investmentgeschäft und die daraus wohl auch für die Zukunft resultierende faktische Beteiligung am schweizerischen Investmentgeschäft ganz außer Frage steht. Jedoch hat die Depotbank im Investment-

(230) Die Kommission des Nationalrates war über den Vorschlag des Bundesrates hinausgegangen und hatte die Gleichstellung beider Arten des Investmentgeschäftes für die Frage der Beiziehung einer Depotbank verlangt; ihr folgte der Nationalrat in seiner Schlußabstimmung. Vgl. Amtl. Bulletin des Nationalrates 1966, S. 243 1. Sp., S. 258 ff., insbes. 264. Der Ständerat schloß sich in seiner Schlußabstimmung, auch auf Empfehlung seiner Kommission, dem Beschluß des Nationalrates an. Dem Gesichtspunkt des Bundesrates, daß im Immobilienanlagegeschäft eine Verwirklichung des Pflichtenkreises nach Art. 18 I AFG praktisch nicht möglich sei, setzte der Gesetzgeber entgegen, daß für die Gleichbehandlung aller Investmentfonds neben dem Vorteil der Einheit des Gesetzes auch die Tatsache spreche, daß die Depotbank gerade im riskanteren Immobilienanlagegeschäft ein zusätzliches Sicherheitselement zum Schutz der Anleger sei. Vgl. Amtl. Bulletin des Nationalrates 1966, S. 260 1. Sp.

Andererseits war man sich in der Bundesversammlung durchaus bewußt, daß die Depotbank nach dem Inkrafttreten des AFG wesentlich in ihrem Aufgabenbereich gegenüber ihrer Stellung in der seinerzeitigen Investmentpraxis beschnitten würde. Vgl. hierzu Amtl. Bulletin des Nationalrates 1966, S. 252 2. Sp.

geschäft Deutschlands und der Schweiz infolge der unterschiedlichen Aufgabenteilung ein verschiedenes Gewicht.

III. Die Aufgabe der Depotbank im Investmentgeschäft

Nachfolgend sind die verschiedenen Funktionen der Depotbank anzuführen, wie sie der jeweilige Gesetzgeber der im Investmentgeschäft mitwirkenden Depotbank zugedacht hat. Besondere Rechte und Pflichten, die das Handeln der Depotbank im einzelnen bestimmen, finden erst bei der Würdigung der einzelnen Rechtsverhältnisse Berücksichtigung.

A. Die Funktionen der Depotbank nach dem KAGG

Die Aufgaben der deutschen Depotbank lassen sich als die einer Verwahrbank mit besonderen Kontroll- und Treuhandaufgaben umreißen. (231)

Ihre Funktionen werden im KAGG folgendermaßen bezeichnet:

- Aufbewahrung des Investmentfonds (232)
- Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen (233)
- Durchführung des Zahlungsverkehrs (234)
- Durchführung des Effektenverkehrs (235)
- Erstattung von Aufwendungen und Zahlung der Vergütungen (236)
- Errechnung des Wertes des Fondsvermögens (237)
- Unterzeichnung der Anteilscheine (238)
- Überwachung der Kapitalanlagegesellschaft (239)
- Bestätigung der Anzeigen an die Bankaufsichtsbehörde (240)
- Geltendmachung der Ansprüche der Anleger (241)
- Abwehr von Vollstreckungen in den Investmentfonds (241)
- Ersatzkündigung der Investmentverträge (242)

(231) Schäcker, S. 68; BR-Drucksache 489/68, S. 28 1. Sp.

(232) § 11 I 1 KAGG; s. a. § 11 III 1, 2; VI KAGG.

(233) § 11 I 1; III 3 KAGG.

(234) § 11 III 3, 4; IV; VI; s. a. § 18 I 1 2. H. s. sowie § 1 DVO zum KAGG.

(235) § 11 IV; VI KAGG.

(236) § 11 VII KAGG.

(237) § 18 II 3 KAGG.

(238) § 17 I KAGG.

(239) Diese Pflicht ist im Gesetz nicht ausdrücklich genannt. In der Literatur wird indes auf § 11 V KAGG hingewiesen. Vgl. Schäcker, S. 124 f. S. 137 ff. dazu S. 167 ff.

(240) § 20 II 2 KAGG.

(241) § 11 VIII 1 Ziff. 1 u. 2 KAGG.

(242) § 12 IV KAGG.

- Ersatzverfügung über den Investmentfonds (243)
- Abwicklung des Investmentfonds (244)
- Übertragung der Fondsverwaltung auf eine andere Kapitalanlagegesellschaft (244)

B. Die Funktionen der Depotbank nach dem AFG

Das schweizerische Investmentgesetz nennt folgende Aufgaben der Depotbank:

- Aufbewahrung des Investmentfonds (245)
- Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen (246)
- Durchführung des Zahlungsverkehrs (247)
- Durchführung des Effektenverkehrs (248)
- Ersatz von Aufwendungen und Zahlung von Vergütungen (249)
- Aufstellung des Fondsreglements (250)
- Unterzeichnung der Anteilscheine (251)
- Änderung des Fondsreglements (250)
- Wechsel der Depotbank (252)
- Überwachung der Fondsleitung (253)
- Überwachung der Immobiliengesellschaften (254)
- Auskünfte an die Aufsichtsbehörde (255)
- Abwehr von Vollstreckungen in den Investmentfonds (256)
- Antrag auf vorzeitige Auflösung des Investmentfonds (257)
- Kündigung der Investmentverträge (258)
- Abwicklung des Investmentfonds (259)

(243) § 13 KAGG.

(244) § 13 II KAGG.

(245) Art. 18 I i. V. m. Art. 13 AFG.

(246) Art. 18 II AFG.

(247) Art. 18 II AFG.

(248) Art. 18 I i. V. m. Art. 13 AFG.

(249) Art. 16 i. V. m. Art. 18 I, II AFG.

(250) Art. 9 AFG.

(251) Art. 20 IV AFG.

(252) Art. 19 AFG.

(253) Art. 18. I AFG beschränkt die Überwachungspflicht auf die Zulässigkeit der Anlagen; nach Art. 18 III AFG kann das Fondsreglement der Depotbank weitere Überwachungspflichten auferlegen.

(254) Art. 18 IV i. V. m. Art. 32 I, II AFG.

(255) Art. 42 IV AFG.

(256) Art. 18 IV i. V. m. Art. 17 I AFG.

(257) Art. 28 I lit. a AFG.

(258) Art. 28 I lit. b AFG.

(259) Art. 30 AFG.

§ 3 DIE RECHTSSTELLUNG DER DEPOTBANK ALS GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

I. Bestimmungsfaktoren für die Rolle der Depotbank

Die Rechtsstellung der Depotbank ist durch die Rechtsordnung, der sie untersteht, determiniert. Ihre Rolle wandelt sich aber im Zuge der Entwicklung des Investmentgeschäftes. Eine Untersuchung der Rechtsstellung der Depotbank muß also auch diesen Gegebenheiten Rechnung tragen.

A. Die Rechtsordnung

Innerhalb der für die deutsche und die schweizerische Depotbank zuständigen Rechtsordnung sind die Spezialgesetze, das KAGG bzw. das AFG, von ausschlaggebender Bedeutung; sie werden durch die subsidiär anwendbaren Gesetze ergänzt. (260)

Bestimmend für die Stellung der Depotbank im deutschen und im schweizerischen Investmentgeschäft werden aber auch die sogenannten Rechtstatsachen. (261) Das sind vorrangig die in den Investmentverträgen enthaltenen Vertragsbedingungen oder Fondsreglemente, welche dem Investmentgeschäft die individuelle Prägung geben. Indem sie die einzuschlagende Investmentpolitik charakterisieren und die Kostenbelastung des jeweiligen Investmentfonds angeben, (262) sind sie für im Wettbewerb der Investmentunternehmen erfolgende Entwicklungen besonders geeignet. Dabei können sich auch Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Depotbank abzeichnen. (263)

Für das Verhältnis der Depotbank zum Investmentunternehmen sind als Rechtstatsachen namentlich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken hervorzuheben. (264)

(260) S.o. S. 37 f.

(261) Rechtstatsachen sind politische, soziale, wirtschaftliche und andere Gegebenheiten, die die Entstehung rechtlicher Regeln bewirken. Vgl. hierzu insbes. Nussbaum, S. 453 ff., 462.

(262) Art. 13 I, II AFV fordert für schweizerische Fondsreglemente die Angabe sämtlicher zu Lasten des Investmentfonds gehenden Kosten in einem einzigen Artikel.

Von ebensolcher Bedeutung für den Anleger sind die in den Investmentverträgen genannten Auf- und Abschläge bei der Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen.

(263) Das AFG gestattet - im Gegensatz zum KAGG - in Art. 1 II AFG, zukünftige Entwicklungen des Investmentgeschäftes zu lenken oder ihnen im Verordnungswege Rechtsgeltung zu verleihen.

(264) S.u. S. 60.

Schließlich wird die betreffende Rechtsordnung der Depotbank durch die Praxis der Bankaufsichtsbehörde bestimmt. Der Umstand, daß in beiden Ländern die Aufsichtsbehörde zugleich die Aufsicht über das allgemeine Bankwesen und damit insbesondere über die Depotbank ausübt, läßt vermuten, daß eine Entscheidung der Aufsichtsbehörde grundsätzlich akzeptiert werden wird, so daß man unbedenklich von einer allgemeinen Rechtsgeltung solcher Entscheidungen wird sprechen können.

B. Die wirtschaftliche Entwicklung

Die Rechtsstellung der Depotbank im deutschen und im schweizerischen Investmentgeschäft wird, wenn die gegenwärtige Rechtsordnung der statische Bestimmungsfaktor ist, im Hinblick auf die weitere Entwicklung wesentlich durch wirtschaftliche Faktoren bestimmt. Der Wettbewerb der Investmentunternehmen der gleichen Rechtsordnung betrifft zunächst die Kosten des Investmentgeschäftes. Die Kosten aus dem Depotbankvertrag dürften aber weitgehend durch die Usancen nach den AGB der Banken festgelegt sein. (265)

Eine bemerkenswerte Entwicklung für die Rolle der Depotbank im deutschen Investmentgeschäft hat 1968 die Investors Fonds Kapitalanlagegesellschaft mbH in München eingeleitet, indem sie den Aufgabenbereich der Depotbank aufspaltete: die Ausgabe und die Rücknahme von Anteilscheinen wird von einem Kreditinstitut durchgeführt, das Tochtergesellschaft des Mehrheitsgesellschafters bei der Kapitalanlagegesellschaft ist; die übrigen Aufgaben der Depotbank sind aber der auch als solche bezeichneten „Depotbank“ übertragen. (266)

Größeren Einfluß auf die Rechtsstellung hat wohl die Konfrontation des nationalen Investmentgeschäftes mit der internationalen Konkurrenz. (267) Sie bewirkt nicht nur eine Anpassung an die günstigste Struktur des Investmentgeschäftes, sie beeinflußt auch unmittelbar den Wirkungsbereich der Depotbank

II. Vergleich der Rechtsstellung der Depotbank im deutschen und schweizerischen Investmentgeschäft

Die Stellung der Depotbank im deutschen und im schweizerischen Investmentgeschäft ist durch die Rechtsordnung weitgehend festgelegt. Dennoch verbleiben nicht wenige Aspekte umstritten oder unklar, die einer rechtlichen Würdigung bedürfen.

(265) S. 111 ff. dazu S. 135 ff.

(266) Zur rechtlichen Qualifikation dieser Aufspaltung s.u. S. 282.

(267) In Deutschland war 1967 der Absatz von Anteilen ausländischer Investmentunternehmen dem der deutschen ebenbürtig. Quelle: Prospekt März 1968 der Investors Fonds Kapitalanlagegesellschaft mbH.

A. Die Aufgabe

Es überrascht, daß im reichen Schrifttum zum deutschen und schweizerischen Investmentgeschäft die Rechtsstellung der Depotbank noch nicht die erforderliche Beachtung gefunden hat. Denn in beiden Ländern hatten und haben die später als Depotbank des betreffenden Investmentfonds wirkenden Banken die Entwicklung des Investmentgeschäftes in ihren Händen.

Vor allem in Deutschland ist das Augenmerk vornehmlich auf die Rechtsstellung des Anlegers gerichtet, wie seine Interessen geschützt sind, welche Rechte er gegen die Kapitalanlagegesellschaft und am Investmentfonds hat. Dabei ist die Depotbank wohl auch deshalb im Schatten der bisherigen Untersuchungen geblieben, weil sie im deutschen Recht mit dem Anleger nicht einmal in Vertragsbeziehung steht. So ist ihre Rolle nur insoweit angeschnitten worden, wie dies im Hinblick auf den Schutz des Anlegers vor möglichen Mißbrauchshandlungen seitens der Kapitalanlagegesellschaft erforderlich schien.

Im schweizerischen Recht gibt es erst kleinere Abhandlungen über das noch junge Anlagefondsgesetz. Bei dessen Erarbeitung ist nun gerade die Art der Beteiligung der Depotbank am Investmentgeschäft bis zuletzt umstritten gewesen. Die Tatsache, daß das schweizerische Investmentgeschäft dem deutschen Investmentgeschäft wie -gesetz Pate gestanden hat, daß dann aber das schweizerische Investmentgesetz die Struktur des deutschen Investmentgeschäftes nach dem KAGG mitberücksichtigt hat, verlangt nach einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Rechtsstellung der Depotbank.

B. Das Investmentgeschäft als Ergebnis von Rechtsvergleichungen

Aus der Entwicklung des Investmentwesens ist die Rechtsvergleichung nicht fortzudenken. Seit es auf dem europäischen Kontinent Fuß gefaßt hat, gewann es Gestalt, indem jeweils das wirtschaftlich Gewollte mit dem innerhalb der betreffenden Rechtsordnung Möglichen verglichen wurde. So lassen sich für das deutsche und das schweizerische Investmentgeschäft vier Stufen der Rechtsvergleichung herausgreifen: (268)

- Nach dem Ersten Weltkrieg wird in der deutschen Politik und Wirtschaft sowie - unabhängig hiervon - in der Schweizer Bankenwelt die Kompatibilität des im anglo-amerikanischen Rechtsraum verwirklichten Investmentgedankens mit der eigenen Rechtsordnung verglichen; in beiden Ländern wird das Investmentgeschäft eingeführt.
- Nach dem Zweiten Weltkrieg vergleichen deutsche Banken das in der benachbarten Schweiz blühende, in Vertragsfreiheit konzipierte Investmentgeschäft mit den Möglichkeiten der deutschen Rechtsordnung und lassen das Investmentgeschäft in vertragsrechtlicher Form wieder aufleben.

(268) Vgl. zur historischen Entwicklung .O. S. 13 ff.

- Der deutsche Gesetzgeber vergleicht das anglo-amerikanische sowie das schweizerische Investmentgeschäft mit dem deutschen, welches sich schon an letzterem ausgerichtet hat, orientiert sich insbesondere an der amerikanischen Kodifizierung und erläßt 1957, vornehmlich zur Förderung des Investmentwesens, das KAGG.
- Der schweizerische Gesetzgeber vergleicht seinerseits das internationale Investmentgeschäft mit dem einheimischen und orientiert sich auch am deutschen Investmentgesetz; 1967 tritt das AFG, namentlich zum Schutz der Anleger, in Kraft.

Jüngster Beweis für die Einwirkung einer Rechtsordnung in das Nachbarland ist der deutsche Regierungsentwurf hinsichtlich der Erfassung ausländischer Investmentfonds und der Änderung des KAGG. Dieser Gesetzesentwurf ist unbestreitbar auf das gegenüber dem KAGG jüngere und fortschrittlichere schweizerische AFG zurückzuführen - auch wenn die amtliche Begründung zu jeder der dem AFG entsprechenden Neuregelungen einen Hinweis auf das schweizerische Gesetz ge-
flissentlich verschweigt. (269)

Zur Gewinnung der endgültigen Konzeption des jeweiligen Investmentgesetzes haben beide Gesetzgeber die verschiedenen Methoden der Rechtsvergleichung angewandt. Zunächst galt es, der Natur der Sache, dem Investmentgedanken, (270) im Vergleich mit seinen Erscheinungsformen im Investmentgeschäft in den verschiedenen Rechtsbereichen und -ordnungen nahezukommen. Dann hieß es, im Wege funktioneller Rechtsvergleichung sachgemäße rechtliche Konstruktionen zu finden. Dabei sind das KAGG und das AFG, gerade was die Rolle der Depotbank anlangt, zu unterschiedlichen Rechtskonstruktionen gekommen.

C. Die Rechtsvergleichung im Rahmen der Untersuchung

Es liegt die Vermutung nahe, daß beide Investmentgesetze infolge der historischen Gemeinsamkeiten für die Praxis des Investmentgeschäftes trotz der divergierenden rechtlichen Lösungen zu ähnlichen Ergebnissen gelangt sind, zumal da die geistigen und ökonomischen Grundlagen beider Rechtsordnungen im wesentlichen übereinstimmen.

Die vergleichende Untersuchung der Rechtsstellung der Depotbank im Investmentgeschäft nach deutschem und nach schweizerischem Recht soll der Übersicht über die möglichen Lösungen konkreter Probleme des Investmentgeschäftes dienen. Wo dies zur Interpretation des einen Investmentgeschäftes nötig ist, soll auch auf die andere Rechtsordnung zurückgegriffen werden. In Zweifelsfällen

(269) Vgl. BR-Drucks. 489/68, S. 14 ff. Dieses Versäumnis ist aufs lebhafteste zu bedauern. Denn mit nur einem Hinweis auf die entsprechende Regelung im AFG hätten sich mannigfache Interpretationshilfen eröffnet und wäre dem Ziel der Internationalisierung des Investmentrechtes eine gewichtige Hilfestellung geleistet worden.

(270) S. o. S. 1 f.

wird auch das anglo-amerikanische Investmentgeschäft heranzuziehen sein; denn es beruht auf längerer Erfahrung.

KAGG und AFG lassen erkennen, daß das internationale Investmentgeschäft einige überstaatliche Rechtsbegriffe kennt, wie Sondervermögen (Anlagefonds), Grundsatz der Risikomischung (Risikoverteilung), Anteilschein und andere. Was die Depotbank anlangt, ist wohl eher von einem rechtlichen Typus zu sprechen, (271) da die den Aufgabenbereich der Depotbank konstituierenden Merkmale unterschiedlich und vor allem in der Intensität im KAGG bzw. im AFG verschieden gesetzt sind. Gerade diese Verschiedenheit im Fall der Depotbank macht aber eine rechtsvergleichende Untersuchung besonders fruchtbar. Denn quantitativ und qualitativ unterschiedliche rechtliche Typen können entweder zu gleichen Lösungen führen und dabei gegenseitig zur Aufhellung der sie bergenden Rechtsordnungen beitragen oder aber sie zeigen, daß zur Regelung des gleichen Sachverhaltes von Grund auf verschiedene Lösungen vorliegen, die aber nichtsdestoweniger dem gemeinsamen Tatbestandskomplex gerecht werden. (272)

(271) Zur Abgrenzung von rechtlichem Begriff und rechtlichem Typus vgl. v. Hülsen, S. 630.

(272) Vgl. hierzu Neuhaus, S. 734 1. Sp.; s. auch v. Hülsen, S. 630 f.

KAPITEL II

DIE RECHTSVERHÄLTNISSE IM DREIECKSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - INVESTMENTUNTERNEHMEN - ANLEGER

Es soll erst der gesamte Komplex der Rechtsbeziehungen der Depotbank innerhalb des Dreiecksverhältnisses nach einer Rechtsordnung untersucht werden, bevor der entsprechende Sachverhalt der anderen Rechtsordnung behandelt wird. Anschließend soll die Rechtsstellung der Depotbank in dem einen Rechtsverhältnis ihrer Position in dem anderen rechtsvergleichend gegenübergestellt werden.

1. TEIL: DAS DREIECKSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT

1. ABSCHNITT: DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - KAPITALANLAGEGESELLSCHAFT

Das Rechtsverhältnis der Depotbank zur Kapitalanlagegesellschaft betrifft die arbeitsteilige Verwaltung des Investmentfonds. (273) Es beruht auf der Auswahl und Beauftragung der Depotbank mit der Übernahme bestimmter Verwaltungsaufgaben und sonstiger Rechte und Pflichten durch die Kapitalanlagegesellschaft, das Investmentunternehmen i. S. d. KAGG. (274) (275)

§ 1. DIE VERTRAGSPARTEIEN

Die Parteien des zu untersuchenden Rechtsverhältnisses, die Depotbank und die Kapitalanlagegesellschaft, sind beide Kreditinstitute. (276)

1. Die Kapitalanlagegesellschaft

Jedes Investmentunternehmen mit Sitz in Deutschland, welches das Investmentgeschäft gemäß der Legaldefinition des § 1 KAGG betreibt, ist „Kapitalanlage-

(274) Dieses Rechtsverhältnis ist Voraussetzung für die Aufnahme des Investmentgeschäftes, vgl. Schäcker, S. 67; es ist daher als erstes zu untersuchen. (274) S. o. S. 36.

(275) Zur Begründung dieses Rechtsverhältnisses s. u. S. 145 ff.

(276) §§ 2 I, 11 II KAGG.

gesellschaft" i. S. d. KAGG. Unternehmen, die das Investmentgeschäft in anderer als in der Legaldefinition beschriebenen Form betreiben, sind keine Kapitalanlagegesellschaften i. S. des Gesetzes. Nur die der Legaldefinition entsprechenden Investmentunternehmen genießen den Namensschutz des § 23 KAGG. Das bedeutet zweierlei:

Zunächst dürfen sich nur solche Investmentunternehmen Investmentgesellschaft oder Kapitalanlagegesellschaft nennen, bzw. eine Bezeichnung führen, in der das Wort „Investment“ oder „Kapitalanlage“ vorkommt, sowie das Wort „Investment“ zur Bezeichnung ihrer Anteilscheine verwenden, die gemäß der Legaldefinition des § 1 I KAGG tätig sind. (277) Alsdann beschränkt sich auch der Geltungsbereich des KAGG auf diese Investmentunternehmen. Das bedeutet, daß ein der Legaldefinition entsprechendes Investmentunternehmen das Investmentgeschäft nur nach den Vorschriften des KAGG betreiben darf. (278) Eine Kapitalanlagegesellschaft kann nur AG oder GmbH sein, § 1 II KAGG. (279) Das KAGG trifft besondere Regelungen hinsichtlich der Organisation dieser Kapitalgesellschaften; (280) sie gehen dem AktG bzw. dem GmbHG als *leges speciales* vor. (281)

Für die Übertragung der ausschließlich als Namensaktien zulässigen Aktien der Kapitalanlagegesellschaften in der Rechtsform der AG sind von den allgemeinen Regeln des § 16 WG abweichende Bestimmungen getroffen. (282) Diese neuartige Konstruktion hinsichtlich der Übertragung von Namensaktien hat bisher noch keine praktische Bedeutung erlangt, da gegenwärtig sämtliche deutsche Investmentunternehmen in der Rechtsform der GmbH aufgezogen sind.

II. Die Depotbank

Für die von der Kapitalanlagegesellschaft am Investmentgeschäft zu beteiligende Depotbank trifft das KAGG keine Vorschriften hinsichtlich der Organisation. Jedoch kann eine Bank nur dann „Depotbank“ i. S. d. KAGG sein, wenn sie

(277) Vgl. Tormann, Die Investmentgesellschaften, S. 23.

(278) S. o. S. 23 f.

(279) Damit ist eine Kapitalanlagegesellschaft nach Formkaufmann nach § 6 I HGB. Handelsrechtliche Vorschriften sind daher grundsätzlich auf diese anwendbar. Vgl. o. S. 38. f.

(280) Vgl. zu den Organisationsvorschriften §§ 1 II-IV, 2-5 KAGG Schäfer, S. 43 f.

(281) Zur besonderen Regelung des gleichfalls für die GmbH vorgeschriebenen Aufsichtsrates vgl. insbes. Baum, S. 60 ff. u. 66 ff.

(282) Vgl. hierzu Tormann-Siara, § 1 A III, S. 23 f.; Gessler, S. 14; Baum, S. 46 ff.

Kreditinstitut i. S. d. KWG ist. (283) Für das Tätigwerden der Depotbank bestehen von Gesetzes wegen bestimmte Vorschriften; im übrigen kommen die Vereinbarungen zwischen der Depotbank und der Kapitalanlagegesellschaft zum Tragen, und zwar sind dies einmal die sogenannten Vertragsbedingungen gemäß § 14 KAGG, zum anderen aber auch interne, dem Publikum nicht bekannt werdende Vereinbarungen, die insgesamt den sogenannten Depotbankvertrag ausmachen. (284)

Zu erwähnen ist noch, daß die Depotbank nur insoweit „Depotbank“ ist, als sie im Rahmen des KAGG und der vertraglichen Vereinbarungen mit der Kapitalanlagegesellschaft im Investmentgeschäft tätig ist. Im übrigen erfährt sie keinerlei Einschränkungen ihrer Geschäftstätigkeit.

Das KAGG läßt zur Verwaltung eines Investmentfonds nur eine einzige Depotbank zu. Das besagt aber nicht, daß die Depotbank alle ihr übertragenen Aufgaben höchstpersönlich, d. h. durch Organe oder mit ihr im Dienstverhältnis stehende Personen, ausführen muß. § 11 III 2 KAGG gestattet ausdrücklich die Delegation der Wertpapierverwahrung. Entsprechend wird die Depotbank auch sonstige Funktionen ihres Tätigkeitsbereiches auf Dritte übertragen können. Voraussetzung ist indes, daß sie ihr Rechtsverhältnis zu diesem Dritten so gestaltet, daß der der arbeitsteiligen Verwaltung von Investmentfonds zugrunde liegende Gedanke des effektiven Schutzes der Anleger vor Mißbrauchshandlungen der Kapitalgesellschaft nicht denaturiert. (285)

§ 2: RECHTSNATUR UND INHALT DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Die Kapitalanlagegesellschaft hat die Depotbank „mit der Verwahrung von Sondervermögen sowie mit der Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen ... zu beauftragen.“ (§ 11 IKAGG)

Damit könnte ein gemischter Vertrag vorliegen, der eine Verwahrung i. S. d. § 688 BGB und eine Geschäftsbesorgung i. S. d. § 675 BGB zum Gegenstand hat. (286) Das KAGG betraut aber die Depotbank darüber hinaus mit weiteren Verwaltungs-, Kontroll- und Eingriffsrechten. (287) Diese werden damit gleichfalls Inhalt des Vertragsverhältnisses zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft. (288) Dieser zusätzliche, gesetzlich normierte Inhalt des Vertrags-

(283) § 11 I KAGG.

(284) S. hierzu u. S. 122, sowie Fussn. 329.

(285) Vgl. das Beispiel der Investors Fonds Kapitalanlagegesellschaft, München, o. S. 50.

(286) So Gessler, S. 20; Baum, S. 143; Schäcker, S. 68.

(287) S. o. S. 47.

(288) Gl. A. Dürre-Full, Beyer-Fehling, Erl. 2 zu § 11, S. 20 A. A. Schäcker, S. 68. Schäcker, stützt seine Ansicht darauf, daß § 11 VII KAGG eine

verhältnissen bedeutet zugleich eine Einschränkung der Vertragsfreiheit in dem Sinne, daß der im übrigen frei gestaltbare Vertrag nichts Widersprechendes enthalten darf.

Da der Vertrag zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft also neben der Aufbewahrung des Sondervermögens und der Durchführung des Anteilscheinverkehrs weitere gesetzlich normierte Rechte und Pflichten zum Inhalt hat, sind diese Vertragsinhalte zwecks der a priori nicht möglichen rechtlichen Qualifizierung im einzelnen darzustellen. Alsdann wird sich die Frage stellen, ob dieses Vertragsverhältnis als Vertrag sui generis gewertet werden muß oder ob es als gemischter Vertrag angesehen werden kann. Im letzteren Fall läßt sich aber auch erst nach Herausarbeitung des gesamten Inhalts entscheiden, welche Rechtsnormen auf das Vertragsverhältnis anwendbar sind. Denn nach h. M. in Literatur und Rechtsprechung ist allein auf die Interessenlage abzustellen, wie ein gemischter Vertrag in das System der Verträge einzuordnen ist, (289) nämlich nach der Absorptionstheorie, der Theorie der analogen Rechtsanwendung oder der Kombinationstheorie. (290)

den Vertragsbedingungen entsprechende Vergütung nur für die „eigentlichen Vertragsleistungen“ - darunter versteht Schäcker ausschließlich die Verwahrung des Sondervermögens sowie die Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine - vorschreibt, § 11 VIII 1 Ziff. 1 u. 2 KAGG eine besondere Vergütung vorsieht. Diese Argumentation ist aber nicht zwingend. Eine philologische Interpretation des § 11 VIII 2 KAGG müßte sogar dazu führen, daß die vertragliche Vergütung zwar für die „Verwahrung des Sondervermögens“ bestimmt sei, nicht aber für die Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine; damit bliebe letztere Tätigkeit überhaupt unentgeltlich, da sie im Katalog des § 11 VIII KAGG nicht mehr aufgeführt wird.

Richtigerweise - und davon geht Schäcker wohl auch aus - umfaßt § 11 VII 2 KAGG die Vergütung für die regelmäßig anfallende Verwaltungstätigkeit der Depotbank, die nämlich, solange sie vollumfänglich den im KAGG vorgesehenen Aufgabenbereich erfüllt, ständig das Sondervermögen aufzubewahren und ständig den praktisch kaum einmal unterbrochenen Anteilscheinverkehr eines „open end“-Investmentfonds durchzuführen hat. Hingegen dürften die Fälle selten sein, in denen die Depotbank von ihren besonderen Eingriffsrechten nach § 11 VIII KAGG Gebrauch machen muß. Folglich hat der Gesetzgeber in § 11 VIII 2 KAGG für dieses außergewöhnliche Tätigwerden der Depotbank auch eine besondere Vergütung vorgesehen. Damit kann aber aus dem Gesetz selbst nicht entnommen werden, daß der Depotbankvertrag ausschließlich die Verwahrung und den Anteilscheinverkehr betrifft, die sonstigen Aufgaben der Depotbank jedoch außerhalb des Depotbankvertrages stehen. Vielmehr handelt es sich bei diesen weiteren Aufgaben der Depotbank um gesetzlich umschriebene Rechte und Pflichten, die mit Abschluß des Vertrages - Schäcker, S. 68, setzt den Zeitpunkt erst auf die Aufnahme der Geschäftstätigkeit fest - Bestandteil des Depotbankvertrages werden.

Folglich müßte in folgender Reihenfolge vorgegangen werden: Schilderung des Tatbestandes, rechtliche Qualifikation des Tatbestandes zur Feststellung der subsidiär zum KAGG anwendbaren Rechtsnormen und alsdann Erörterung der Pflichten der Vertragspartner nach Vertrag, KAGG und subsidiär anwendbarem Recht.

Ein solches systematisch richtiges Vorgehen hätte jedoch den Nachteil, daß der Inhalt des Vertragsverhältnisses einmal unter dem Aspekt der Tatbestands-schilderung, zum anderen unter den Gesichtspunkten der Vertragspflichten dargestellt werden müßte. Diese Arbeit räumt daher die darin liegenden Nachteile - entweder langatmige Wiederholungen oder den Zusammenhang der Darstellung störende Verweise - dadurch aus, daß die rechtliche Qualifikation der Vertragsbeziehungen zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft als Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat - § 675 BGB -, soweit wie erforderlich unterstellt wird, so daß der Tatbestand anhand der Erörterung der Vertragspflichten zur Darstellung gelangt. Der damit erzielte Vorteil einer geschlossenen Abhandlung des Vertragsinhaltes dürfte den Verstoß gegen die genannte übliche Methode rechtfertigen.

Unabhängig davon, wie das Vertragsverhältnis zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft sich im einzelnen ausgestaltet erweist und wie es rechtlich zu qualifizieren ist, soll es schon an dieser Stelle mit der Sachbezeichnung „Depotbankvertrag“ benannt werden.

I. Abgrenzung des Depotbankvertrages vom allgemeinen Bankvertrag und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Bevor der Gegenstand des Depotbankvertrages näher darzulegen ist, soll noch geprüft werden, in welcher Beziehung er zum sogenannten allgemeinen Bankvertrag steht.

A. Der Bankvertrag

Der Bankvertrag ist der Grundvertrag (291) für die Geschäftsbeziehungen einer Bank mit ihrem Kunden. Er bezieht sich also nicht auf ein Einzelgeschäft,

(289) Vertragsneubildungen aus jüngster Zeit sind z. B. der Baubetreuungsvertrag (vgl. dazu Locher, H., Rechtsformen des Baubetreuungsvertrages, in NJW 1967, S. 326-329) und der Factoringvertrag (vgl. dazu LG Mainz, in BB 1966, S. 1038) Vgl. zur Behandlung gemischter Verträge auch Soergel-Siebert, vor § 305 Rdn. 18.

(290) S. u. S. 161 ff.

(291) Dieser Grundvertrag wird seit Neustätter als „Bankvertrag“ bezeichnet. Vgl. Neustätter, S. 65 ff; insbesondere die Diss. von Altjohann, S. a. Stauder, S. 74 ff.

sondern auf eine nicht nur vorübergehende Inanspruchnahme der Einrichtungen und Dienste der Bank durch ihren Kunden, (292) wobei der Begriff Bankvertrag als Sammelbezeichnung das gesamte Aufgabengebiet der jeweils vertragschließenden Bank umfaßt, ausgenommen jedoch diejenigen Leistungen, die in Geld- oder in Sachleistungen aus ihrem Vermögen bestehen. (293)

Über die Rechtsnatur und den Inhalt des Bankvertrages gehen die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung weit auseinander. (294) Es lassen sich zwei Hauptgruppen unterscheiden:

Die erste Gruppe vertritt die Ansicht, eine Bank verpflichte sich im Bankvertrag dergestalt zum Tätigwerden auf Verlangen des Kunden und in seinem Interesse, daß der einzelne „Auftrag“ des Kunden nurmehr einseitige Willenserklärung, und zwar eine unselbständige Weisung i. S. d. § 665 BGB innerhalb eines Dienstvertrages, der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist, sei, §§ 675, 611 BGB. Inhaltlich schränken die Vertreter dieser Ansicht den Bankvertrag jedoch verschieden ein:

- Koch erstreckt den Bankvertrag auf die sogenannten neutralen Bankgeschäfte, die keine Kreditgeschäfte i. S. d. heutigen § 19 I KWG sind (295)
- v. Godin faßt unter den Bankvertrag die „meisten Bankgeschäfte“ (296), soweit sie nicht Geld- oder Sachleistungen aus dem Vermögen der Bank zum Inhalt haben (297)
- Der BGH nennt als Inhalt des Bankvertrages, im Hinblick auf die Einleitung zu den AGB der Banken, die Verpflichtung der Bank zur Ausführung „banküblicher Geschäfte“ (298)
- Schaudwet gibt dem Bankvertrag den Zahlungsverkehr im weitesten Sinn zum Inhalt (299)
- Düringer - Hachenburg - Breit, Schlegelberger - Hefermehl, Meyer - Cording und Staudinger - Nipperdey lassen nur den sogenannten Giroverkehr als Gegenstand des Bankvertrages zu. (300)

Alle übrigen Bankgeschäfte sind vom so verstandenen Bankvertrag nicht umfaßt, für sie müssen unabhängige Einzelverträge abgeschlossen werden. Insoweit

(292) Vgl. Pikart in WM 1957, 1238; Barchewitz, S. 38.

(293) Vgl. Meyer-Cording, Banküberweisung, S. 9; v. Godin in RGR-Komm. § 365 Anh. I Anm. 2a; Pikart, a. a. O.

(294) Vgl. hierzu Schaudwet, S. 30 f. mit weiteren Nachweisen.

(295) Vgl. Koch S. 11 f. und 16.

(296) Vgl. v. Godin, § 365 Anh. I Anm. 1 Ziff. 1.

(297) Vgl. v. Godin, § 365 Anh. I Anm. 2a.

(298) Vgl. BGH in NJW 1953, 1911 f. (1912).

(299) Vgl. Schaudwet, S. 30 f.

(300) Vgl. Düringer-Hachenburg - Breit, Anh. II zu §§ 363-365, Anm. 3; Schlegelberger - Hefermehl, § 365 Anh. Rdn. 13; Meyer-Cording a. a. O. S. 10; Staudinger - Nipperdey, § 675 Rdn. 27.

bedeuten die AGB der Banken ihrer Fassung und der Verkehrsauffassung nach (301) lediglich eine invitatio an den Kunden, Vertragsangebote an die Bank für die Erledigung einzelner in ihren Geschäftsbereich fallender Geschäfte zu machen; jedoch muß die Bank grundsätzlich Vertragsangebote der Kunden, die dieser invitatio entsprechen, annehmen, da sie ja mit ihnen in Geschäftsbeziehung steht. (302)

Nach der anderen Ansicht bedeutet der Bankvertrag nichts anderes als die vertragliche Verpflichtung der Bank gegenüber dem mit ihr in Geschäftsverbindung tretenden Kunden zur Annahme aller gemäß dem Bankvertrag angebotenen Einzelverträge, welche sich somit auf alle Bankgeschäfte beziehen können, die nicht Kreditgeschäfte sind. (303)

Für den Abschluß des Bankvertrages ist von Bedeutung, daß es sich um einen Konsensual- und nicht um einen Realvertrag handelt, auch wenn üblicherweise die Einigung des Kunden mit der Bank über den Abschluß des Bankvertrages zumeist mit der Vornahme einer Realhandlung zusammenfällt; rechtlich kann diese aber nur als eine Folgehandlung gewertet werden. (304) Der Bankvertrag kann, wie jeder andere formfreie Vertrag, ausdrücklich oder stillschweigend zustandekommen, letzteres etwa durch Einzahlung des ersten Betrages als Vorbereitungshandlung einer Kontoeröffnung oder durch Einlieferung von Wertpapieren. Regelmäßig wird der Zeitpunkt auf den Beginn der Geschäftsbeziehung festzustellen sein. (305)

B. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die AGB der Banken (306) sind von den Banken aufgestellte, die gesetzlichen Vorschriften ergänzende vertragliche Bestimmungen, die einige der Sparten des Bankgeschäfts regeln und von den Banken im Geschäftsverkehr mit den Kunden grundsätzlich angewandt werden. (307) (308)

(301) Schaudwet, S. 31.

(302) S.Fußn. 297; vgl. auch Schaudwet, S. 32.

(303) Vgl. Raiser, S. 145.

(304) H.M. Vgl. v. Godin, § 365 Anh. I Anm. 5.

(305) Vgl. v. Godin, a.a.O.; BGH in BB 1967, 1309.

(306) Die AGB waren ursprünglich für den Geschäftsverkehr unter Banken gedacht. Vgl. zu ihrem Ursprung Haupt, S. 9 ff. (11 f.)

(307) Vgl. Bank- und Börsen-Lexikon, S. 133 1. Sp.

(308) Die AGB der Banken, abgedruckt bei Trost-Schütz, werden bei allen privaten Banken seit 1955 unverändert angewandt; die übrigen deutschen Kreditinstitute haben ihre AGB weitgehend angeglichen. Vgl. Schaudwet, S. 14. Seit 1.1.1969 sind die AGB in einer geänderten Fassung in Kraft. Die Neufassung trägt den Änderungen der einschlägigen Gesetze, namentlich des AktG, und der neueren Rechtsprechung Rechnung, im übrigen

Daß die Kapitalanlagegesellschaft als Kunde der Depotbank selbst ein Kreditinstitut ist, steht der Anwendbarkeit der AGB nicht entgegen. Zwar bestehen hinsichtlich des Wertpapierverkehrs zwischen Kreditinstituten Sonderbedingungen, nämlich die „Geschäftsbedingungen für den Wertpapierverkehr mit inländischen Bankierkunden“, (309) damit sind aber, selbst wenn man hier vorerst die Anwendbarkeit dieser Sonderbedingungen unterstellt, die AGB nicht außer Kraft gesetzt. (310) Und zwar gelten, falls Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank Verbänden mit verschiedenen AGB angehören, die AGB der Depotbank, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist. (311)

Auch wenn die AGB einseitig abgefaßt sind, haben sie Vertrags- und nicht Gesetzesqualität; (312) sie sind jedoch nicht ohne weiteres Vertragsinhalt für das Geschäftsverhältnis Bank - Kunde, sondern werden erst mit ihrer Anerkennung durch den Kunden zum Bestandteil einer vertraglichen Beziehung mit der Bank. Die AGB sind spezialisierend-typisierende Regelungen der Rechtsbeziehungen für einige Sparten bankgeschäftlicher Tätigkeit. (313) Dabei konkretisieren sie teilweise den Bankvertrag, teilweise gehen sie über ihn hinaus.

Die AGB können frühestens mit dem Bankvertrag, dem Grundvertrag, Aufnahme in das Rechtsverhältnis Bank - Kunde finden. Die Frage der Aufnahme der AGB in die Rechtsbeziehungen zu Banken ist in Praxis und Rechtssprechung unterschiedlich behandelt worden. (314) Denn bei Konsensualverträgen ist insbesondere der stillschweigende Vertragsschluß problematisch, d.h. die Frage, welches Verhalten der Vertragspartner als rechtserheblich interpretiert werden kann, um eine auf die Aufnahme der AGB in das Rechtsverhältnis gerichtete Willenserklärung zu beinhalten. Die heute vorherrschende Meinung geht - unter Berücksichtigung der Tatsache, daß im Geschäftsverkehr mit Banken mit dem Vorhandensein von AGB gerechnet werden muß - dahin, daß sich der Kunde mit Aufnahme der Geschäftsbeziehungen und somit dem Eintritt in das Vertragsverhältnis zum Kredit-

folgt sie den AGB 1955. Vgl. Consbruch, J., Revidierte „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ im Kreditgewerbe, in BB 1969, 9 f.

(309) S. dazu u. S. 85 und Fußn. 446.

(310) Vgl. Nr. 28 AGB 1955 bzw. Nr. 27 f. AGB 1969, die klar vom Nebeneinander der AGB und der Sonderbedingungen sprechen. S. a. Baumbach-Duden, Anh. II § 406 Einl.; BGH in JZ 1968, 469, 471.

(311) Vgl. Baumbach-Duden, a. a. O.; BGH a. a. O.

Vgl. a. § 5 III der Vertragsbedingungen für den Concentra-Fonds, zit. bei Ebner von Eschenbach, S. 123 Fußn. 2, wonach die „allgemeinen depotrechtlichen und banküblichen Bestimmungen“ für anwendbar erklärt werden.

(312) Vgl. BGH in NJW 1953, 541, weitere Nachweise bei Stauder, S. 87.

(313) S. Fußn. 307.

(314) Hierzu ausführlich Schaudwet, S. 15 ff. und Stauder, S. 87 f.

institut (315) mit den AGB einverstanden erklärt, es sei denn, daß er ausdrücklich das Gegenteil verlautbart. (316)

Damit fallen der Abschluß des Bankvertrages und die Aufnahme der AGB in das Rechtsverhältnis Bank - Kunde zeitlich zusammen, so daß die AGB also nichts anderes als eine Qualifizierung des Bankvertrages bzw. Teil des Bankvertrages sind.

C. Die Rechtsgrundlagen in der Geschäftsverbindung und der Bankvertrag

Unabhängig davon, ob der Bankvertrag ein Dauervertragsverhältnis zwischen Bank und Kunde begründet, wobei dem „Einzelauftrag“ keine selbstständige Bedeutung, sondern nur die einer „Weisung“ zukommt, (317) oder ob jeder „Einzelauftrag“ mit der im Bankvertrag versprochenen Annahme seitens der Bank einen neuen Einzelvertrag begründet, gelten für die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde: (318)

- die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zwingender Natur
- die vertraglichen Regelungen bezüglich der gesetzlichen Vorschriften dispositiver Natur; das sind der Bankvertrag mit den AGB sowie Einzelverträge anlässlich bestimmter Geschäftsvorfälle oder solche, die die AGB modifizieren (319)
- die übrigen Bestimmungen des Bankvertrages (320)

Soweit der Bankvertrag inhaltlich einzelne Bankgeschäfte betrifft, wird er von den AGB im wesentlichen gedeckt bzw. spezifiziert. Die übrigen Normen des Bankvertrages betreffen allgemeine Pflichten und Rechte. Insoweit besteht zwischen den genannten divergierenden Auffassungen über die rechtliche Tragweite des Bankvertrages kein Unterschied: diese Bestimmungen des Bankvertrages werden mit seinem Abschluß in dem Sinne rechtswirksam, daß Bank und Kunde unabhängig von den „Einzelaufträgen“ - und ihrer rechtlichen Qualifizierung - für die Dauer des Geschäftsverhältnisses daran gebunden sind. Im einzelnen ergeben sich folgende Verhaltenspflichten: (321)

(315) S.o.S. 60.

(316) Vgl. Ennecerus-Nipperdey, § 163 VI 3 c, S. 695; Schaudwet, S. 28; Isele, S. 310 f.

(317) S.o.S. 59.

(318) Vgl. hierzu v. Godin § 365 Anh. I Anm. 2b.

(319) Vgl. BGH in BB 1967, 1453 f. zu die AGB für Treuhandkonten abändernden Vereinbarungen.

(320) Zur Rangfolge der genannten Normen vgl. v. Godin, § 365, Anh. I Anm. 4 c: „Alle aus nicht zwingenden gesetzlichen Bestimmungen und speziellen vertraglichen Vereinbarungen abzuleitenden Verpflichtungen und Rechte (sind) nach dem durch den Bankvertrag begründeten Rechts- und Vertrauensverhältnis auszurichten.“

(321) Vgl. zu allem ausführlich v. Godin § 365 Anh. I Anm. 7-9; 16.

- für den Kunden:
 1. die Pflicht, über seine Person wahrheitsgemäß Auskunft zu geben
 2. eine in den AGB noch besonders erörterte Sorgfaltspflicht
 3. die Pflicht zur Unterhaltung des erforderlichen Guthabens
- für die Bank:
 1. die Pflicht, die Interessen ihres Kunden in Obhut und Schutz zu nehmen, soweit dies nicht auf Kosten anderer Kunden geht
 2. die Pflicht zur Ausführung grundsätzlich aller Kundenaufträge, sofern sie in den Geschäftsbereich der Bank fallen (322)
 3. billige Rücksichtnahme auf das Interesse des Kunden im Falle von Interessenkollisionen (323)
 4. die Wahrung des Bankgeheimnisses
 5. Auskunfts- und Beratungspflichten; grundsätzlich nur auf Verlangen, (324) sie ist aber nach Treu und Glauben auch unaufgefordert - aus der Fürsorgepflicht nach Ziff. 1 - zur Raterteilung verpflichtet, wenn der Kunde ein ihm unbekanntes, ihr aber offenkundiges Risiko läuft (325) (326)

(322) §§ 157, 133 BGB; 346 HGB i. V. m. den AGB.

(323) §§ 401 f. HGB analog.

(324) Vgl. RG 126, 50; 127, 121; **BGHZ 13**, 198; 23, 222.

(325) Vgl. BGH in NJW 1957, 586 im Falle eines Devisenvergehens; BGH in BB 1967, 1309 im allgemeinen. Nr. 10 AGB gilt nicht.

(326) Daß die Freizeichnungsklausel der Nr. 10 AGB in bestimmten Fällen nicht anwendbar ist, hat der BGH in JZ 1968, 469 ff. auch bezüglich einer zwischen Banken üblichen telefonischen Anfrage entschieden, ob ein bestimmter Scheck „in Ordnung gehe.“ Der BGH stützte sich dabei u. a. auf die besondere Interessenlage bei den dieses Erkundigungsverfahren praktizierenden Banken, denen es darum gehe, eine für den Zeitpunkt der Auskunftserteilung verbindliche Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Bezogenen zu erhalten. Beuthien ist jedoch in seiner Anmerkung zu diesem Urteil des BGH der Ansicht, daß Nr. 10 AGB gleichwohl Anwendung finden müsse. Er stützt sich dabei ebenfalls auf die Interessenlage der Banken, interpretiert sie aber in dem Sinne, daß eine anfragende Bank schon deshalb keine verbindliche Auskunft erwarte, weil sie selbst für den reziproken Fall, daß sie selbst auskunfterteilende Bank sei, gleichfalls nicht für die Richtigkeit ihrer Auskunft zu haften wünsche. Man wird hier wohl der Argumentation des BGH zuneigen müssen und eine gewisse Sorgfalt seitens der auskunfterteilenden Bank fordern dürfen. Dabei ist miteinzubeziehen, auch wenn Beuthien das Bestehen einer entsprechenden Usance ablehnt, daß eine Bank sicherlich nicht die mit der telefonischen Auskunftseinholung verbundenen Kosten eingehen würde, wenn sie nicht mit einer gewissen „Verwertbarkeit“ einer solchen Auskunft rechnete; das ist aber die Überzeugung, daß die erteilte Auskunft nicht grobfahrlässig falsch ist.

D. Der Depotbankvertrag als besonderer Bankvertrag

Der Depotbankvertrag ist durch die Geltung des KAGG und der subsidiär zur Anwendung gelangenden Gesetze (327) sowie durch besondere vertragliche Vereinbarungen weitgehend determiniert. Es bleibt aber noch ein breiter Raum der weder durch gesetzliche Vorschriften zwingend vorgeschrieben, noch durch spezielle ausdrückliche, das Investmentgeschäft berührende Vereinbarungen gefüllt ist. Hier greift der allgemeine Bankvertrag als subsidiäres Vertragsselement ein, das den Depotbankvertrag ergänzt, soweit die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nicht schon durch das KAGG, das subsidiär anwendbare Recht und sonstige Vereinbarungen bezeichnet sind.

Der Depotbankvertrag kann somit als ein besonderer Bankvertrag bezeichnet werden. Dabei muß aber deutlich daraufhingewiesen werden, daß mit dieser Bezeichnung keine abschließende rechtliche Qualifikation des Depotbankvertrages getroffen ist, sondern lediglich eine Abgrenzung zum sogenannten allgemeinen Bankvertrag. Bei Darstellung der einzelnen Vertragspflichten wird auf die subsidiäre Geltung des allgemeinen Bankvertrages zurückzukommen sein.

An vertraglichen Vereinbarungen enthält der Depotbankvertrag zunächst die AGB der Banken sowie ihre Ergänzung, die AGB für Bankierkunden, alsdann kommen besondere, sie ergänzende oder abweichende vertragliche Vereinbarungen in Betracht. Diese sind namentlich in den Vertragsbedingungen enthalten. Die Vertragsbedingungen nehmen dabei eine Sonderstellung ein, weil sie vornehmlich die Rechtsbeziehungen zwischen der Kapitalanlagegesellschaft und den Anlegern festlegen sollen. (328) Die Depotbank nimmt nun aber - wenn der Depotbankvertrag nicht schon früher und separat geschlossen wurde (329) - spätestens im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vertragsbedingungen von den sie betreffenden Punkten Kenntnis. Damit liegt spätestens in diesem Zeitpunkt der Abschluß des Depotbankvertrages vor. (330) Soweit die Vertragsbedingungen für das Rechtsverhältnis zwischen der Depotbank und der Kapitalanlagegesellschaft relevant sind, sind sie daher Bestandteil des Depotbankvertrages. Auf die übrigen vertraglichen Vereinbarungen ist später einzugehen.

II. Die Pflichten der Depotbank

Der Aufgabenkreis der Depotbank umfaßt folgende Hauptgebiete:

- Verwaltung des Investmentfonds

(327) S. o. S. 38

(328) § 14 I 1 KAGG. Anders aber das Fondsreglement des AFG, s. u. S. 229 f.

(329) Nach Auskunft der deutschen Kapitalanlagegesellschaften sollen bei der Mehrzahl von ihnen keinerlei über die Vertragsbedingungen hinausgehende Vereinbarungen mit der Depotbank bestehen.

(330) Vgl. zum Abschluß des Depotbankvertrages ausführlich u. S. 163 ff.

- Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft
- Geltendmachung von Ansprüchen der Anleger

A. Die Verwaltung des Investmentfonds

Der Begriff Verwaltung des Investmentfonds ist ein wirtschaftlicher Sammelbegriff und dementsprechend vielfarbig in seiner rechtlichen Struktur.

Verwaltung eines Investmentfonds ist der Inbegriff allen rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Handelns, das die ertragbringende, nach dem KAGG und den Vertragsbedingungen ausgerichtete und den ständig wechselnden Marktverhältnissen angepaßte Anlage und wirtschaftliche Abwicklung der Mittel aus der Beteiligung der Anleger am Investmentfonds zum Gegenstand hat.

1. Die Verwaltungsbefugnisse am Investmentfonds

Im Investmentgeschäft nach deutschem Recht ist die Verwaltung des Investmentfonds arbeitsteilig konzipiert: die Dispositionen der Anlagetätigkeit sind nach § 8 I S. 1 KAGG der Kapitalanlagegesellschaft vorbehalten, während die Ausführung ihrer Entscheidungen weitgehend in den Bereich der Depotbank fällt. Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank teilen sich mit anderen Worten in die geistig-dispositive und materiell-technische Verwaltung.

a. Der Ausschluß der Anleger

Die Anleger, welche die Mittel zur Errichtung eines Investmentfonds beitragen, sind selbst von der Verwaltung ihres Fonds ausgeschlossen, da sie mit dem Investmentvertrag die gesamte Verfügungsbefugnis über ihre Einzahlung aus der Hand gegeben haben. Auch wenn sie nach der Miteigentumslösung (331) an sich die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft verlangen könnten, (332) ist ihnen diese Möglichkeit durch § 10 I KAGG abgeschnitten. Einzig das Recht auf Rückgabe des Anteilscheins und Auszahlung des Anteils am Sondervermögen hat über das Gesetz mit § 10 II KAGG belassen. (333)

b. Die arbeitsteilige Verwaltung durch die Fondsverwalter

Die arbeitsteilige Verwaltung des Investmentfonds durch Kapitalanlagegesellschaft

(331) Siehe hierzu § 6 I 1 KAGG.

(332) §§ 749 ff. BGB sind die für Rechtsgemeinschaften einschlägigen Normen. Zu ihrer Anwendbarkeit im Investmentgeschäft s.u. S. 179 f.

(333) Diese Regelung entspricht dem Grundgedanken des Investmentwesens. Vgl. o.S. 1.

und Depotbank erfolgt also nicht aufgrund einer unmittelbaren Beauftragung durch den Anleger, der ja nur mit dem Investmentunternehmen kontrahiert. (334) Denn nach § 8 I 1 KAGG ist die Kapitalanlagegesellschaft der „Generalverwalter“ im Investmentfonds. In dieser Eigenschaft ist die Kapitalanlagegesellschaft indes gemäß § 8 I 1 KAGG nur befugt, „nach Maßgabe dieses Gesetzes und der Vertragsbedingungen ... über die zu einem Sondervermögen gehörenden Gegenstände ... zu verfügen und alle Rechte aus ihnen auszuüben.“ Der Generalverwalter muß nämlich kraft Gesetzes die materiell-technische Verwaltungstätigkeit auf die Depotbank übertragen, § 11 I 1 KAGG. Es handelt sich somit um eine derart konzipierte Arbeitsteilung, daß der Anleger seinerseits nur mit dem Investmentunternehmen als Generalunternehmer kontrahiert, wenn er den Investmentvertrag abschließt, das Investmentunternehmen aber selbst nur einen gewissen Bereich selbst zu besorgen hat, während es einen anderen auf die Depotbank übertragen muß, und zwar auf Grund eben des Investmentvertrages. (335)

c. Die Ersatzverwaltung durch die Depotbank

Die Depotbank wird indessen durch den Depotbankvertrag nicht ausschließlich mit der Rolle des „Verwaltungssubstituten“ (336) betraut.

Sie muß sich gleichfalls damit einverstanden erklären, selbst die Verwaltung bzw. die Verfügung über den Investmentfonds zu übernehmen, wenn die Kapitalanlagegesellschaft aufgrund allgemeiner bzw. in §§ 12 I KAGG genannter Umstände das Verfügungsrecht über den Investmentfonds verliert. (337)

Zunächst sollen die einzelnen Verwaltungspflichten dargelegt werden, welche der Depotbank auf Grund des Depotbankvertrages in ihrer grundsätzlichen, arbeitsteiligen Stellung zukommen.

2. Die Verwahrung des Investmentfonds

§ 12 KAGG schreibt im Vor-Inhalt des Depotbankvertrages vor, daß die Kapitalanlagegesellschaft die Depotbank mit der „Verwaltung“ des Investmentfonds zu beauftragen hat, und gibt nähere Anweisungen, wie diese Aufgabe durchzuführen ist.

(335) Diese Konstruktion liegt jedoch dem AFG zugrunde. S. u. S. 199 ff.

(336) Zur rechtlichen Qualifikation der arbeitsteiligen Verwaltung s. u. S. 180 ff.

(337) S. Fußn. 335.

(338) S. u. S. 142 ff.

a. Der Investmentfonds

Gegenstand der Verwahrungspflicht ist der Investmentfonds, das nach § 6 Abs. 1 KAGG dem gesetzestechnischen Ausdruck „Sondervermögen“ - § 6 I 1 KAGG - bezeichnet.

aa. Der Investmentfonds als Sondervermögen

Die Bezeichnung des Investmentfonds als Sondervermögen besagt zu erst, daß der Gesetzgeber auf die Ausstattung des Investmentfonds mit eigener Rechtspersönlichkeit verzichtet hat. Des weiteren besagt der Begriff Sondervermögen, daß ein Investmentfonds eine wirtschaftliche Vermögenseinheit ist, an der als Sachgesamtheit keine Rechte bestehen können; wie an jedem Sondervermögen können Rechte nur an den einzelnen Gegenständen, d. h. an den einzelnen zum Investmentfonds gehörenden Sachen und Rechten, bestehen, aus denen sich ein Investmentfonds zusammensetzt. (388)

Für die Regelung der Rechtszugehörigkeit eines Investmentfonds sieht das KAGG eine Doppellösung an: die Kapitalanlagegesellschaft kann in ihren Vertragsbedingungen entweder vorsehen, daß die Anteilhaber (Anleger) Miteigentümer bzw. Gläubiger des Investmentfonds sein sollen, oder aber sich selbst zum formalen Rechtsträger bestimmen. (389)

Unabhängig von der Frage der Rechtszuständigkeiten stellt sich hier zunächst je nach den Gegenständen, aus denen sich ein Investmentfonds zusammensetzen kann, und die Frage nach ihrem Erwerb.

bb. Die Gegenstände des Investmentfonds

Das Vermögen eines Investmentfonds setzt sich aus Sachen und Rechten zusammen; hinsichtlich ihrer Aufnahme in einen Investmentfonds ist im Hinblick auf die Kontrollfunktion der Depotbank zwischen zulässigen und unzulässigen Vermögensgegenständen zu unterscheiden.

aaa. Zulässige Gegenstände

Ein Investmentfonds kann alle Gegenstände enthalten, deren Erwerb durch das KAGG - §§ 6 f. KAGG - nicht ausgeschlossen ist und den die auf diesen Fonds anwendbaren Vertragsbedingungen gestatten.

(388) Vgl. Wolff - Raiser, § 51 IV 2; Staudinger - Goig, Vorbem. 2 ff., 17 vor § 90.

(389) § 6 I 2 KAGG.

aaaa. Qualitative Risikoverteilung

Das KAGG regelt die Frage der Zulässigkeit in einem enumerativen Katalog, soweit die Gegenstände des Investmentfonds den Gesellschaftszweck der Kapitalanlagegesellschaft (340) betreffen, die eigentliche „Kapitalanlage“. (341) Sonstige Gegenstände sind danach zum Erwerb für einen Investmentfonds statthaft, solange sie ihn nicht zum Zweck der Kapitalanlage i. S. d. § 1 I KAGG denaturieren. (342)

Zulässige Anlagen, unter dem Gesichtspunkt der qualitativen Risikoverteilung, sind nach § 7 KAGG die folgenden:

- an einer deutschen Börse zugelassene und gehandelte Effekten, (343) das sind nach § 7 I lit. 1 KAGG.
- zum amtlichen Handel zugelassene Wertpapiere
- in den geregelten Freiverkehr einbezogene Wertpapiere (344)
- zur Zulassung an einer deutschen Börse gemäß den Ausgabebedingungen vorgesehene Wertpapiere, sofern der Erwerb bei Ausgabe oder im ersten Jahr nach der Ausgabe erfolgt
- ausschließlich an einer ausländischen Börse zugelassene oder gehandelte Effekten, sofern sie nach den Vertragsbedingungen vorgesehen sind. (345)
- zugeteilte Freiaktien (346)
- Bezugsrechte, sofern die Wertpapiere, aus denen sie herrühren, unter die lit. a bis c des § 7 KAGG fallen
- in Ausübung zum Investmentfonds gehörender Bezugsrechte erworbene Wertpapiere (347)

(340) S. dazu o. S. 54 f.

(341) §§ 1 I, 7 KAGG.

(342) Die notwendige Unterscheidung zwischen der Kapitalanlage dienenden und sonstigen Vermögensgegenständen geht aus § 7 KAGG nicht klar hervor. Der gesetzestechnische Ausdruck „erwerben“ sollte daher im wirtschaftlich eingeschränkten Sinne von „zum Zwecke der Kapitalanlage erwerben“ verstanden werden.

(343) Effekten sind diejenigen Wertpapiere, die regelmäßig an einer Börse gehandelt werden. Vgl. Kalveram - Günther, S. 94.

(344) Der geregelte Freiverkehr ist der Börsenmarkt für amtlich nicht notierte Effekten, der an jeder Börse vom „Ausschuß für Geschäfte in amtlich nicht notierten Werten“ überwacht wird. Vgl. hierzu Meyer-Bremer, S. 404 ff., insb. § 43 Erl. 7.

(345) § 7 I lit. c KAGG. Damit ist eine gewisse Börsenaufsicht auch über diese Kapitalanlagen gewährleistet, vgl. Tormann - Siara, § 1 I, S. 36.

Zur weiteren Einschränkung des Risikos kann die Bankaufsichtsbehörde die in Betracht kommenden Börsen vorschreiben, § 14 II 2 KAGG.

(346) § 7 I lit. e KAGG.

(347) § 7 I lit. d KAGG.

- Bargeld und Bankguthaben (liquide Mittel) (348)
- im übrigen alles, was die Kapitalanlagegesellschaft aufgrund eines zum Investmentvermögen gehörenden Rechtes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Investmentvermögen bezieht, oder was als Ersatz für ein zum Investmentfonds gehörendes Recht erworben wird (Fondssurrogate) (348)

Handelt es sich bei den genannten Wertpapieren um Kuxe und um nicht voll eingezahlte Aktien bzw. Bezugsrechte auf solche Aktien, ist deren Erwerb für einen Investmentfonds nur zulässig, wenn dies die Vertragsbedingungen vorsehen. (350)

Damit gestattet das Gesetz für das Investmentgeschäft nur die Anlage in börsennotierten Werten. Diese Beschränkung beruht im übrigen auch auf der Konzeption des Gesetzgebers in § 18 II 3 KAGG hinsichtlich der Berechnung des Wertes eines Investmentfonds.

Das Risiko der Kapitalanlage kann weiter in den Vertragsbedingungen eingeschränkt werden, indem sie zusätzliche qualitative Anforderungen stellen. (351)

bbbb. Quantitative Risikoverteilung

Einschränkungen der Dispositionsfreiheit einer Kapitalanlagegesellschaft im Hinblick auf ihre Anlagepolitik bestehen auch quantitativer Art.

Das KAGG trifft folgende Bestimmungen:

- Wertpapiere desselben Ausstellers (352) dürfen nur so lange für einen Investmentfonds erworben werden, als der Wert der dadurch im Fonds enthaltenen Wertpapiere dieses Ausstellers 5 % des Wertes des Investmentfonds nicht übersteigt. (353)
Dieser Prozentsatz kann bis auf 7,5 % erhöht werden, wenn die Vertragsbedingungen dies vorsehen und die Bankaufsichtsbehörde ihre Genehmigung erteilt hat. (354)
- Kuxe und nicht voll einbezahlte Aktien dürfen ihrem Wert nach 10 % des Wertes des Investmentfonds nicht übersteigen (355)

(348) §§ 6 I, 11 VII KAGG.

(349) § 6 II KAGG.

(350) § 7 II KAGG.

(351) § 14 III lit. a KAGG. Einschränkungen qualitativer Art bedeuten z. B. Branchen-, Länder-, Rentenfonds; auch ein in den Vertragsbedingungen festgesetztes Verhältnis zwischen liquiden Mitteln und gesamten Fondsvermögen zählt hierzu.

(352) Wertpapiere von Konzernunternehmen gelten als Wertpapiere desselben Ausstellers, § 7 III e KAGG.

(353) § 7 III 1 KAGG.

(354) § 7 III 2 KAGG.

(355) § 7 II 2 KAG.

Die Kapitalanlagegesellschaft darf - unabhängig von der Zusammensetzung des einzelnen Fonds - nicht mehr als 5 % vom Nennkapital einer Gesellschaft bzw. 5 % der Gesamtzahl der von einer Gewerkschaft ausgegebenen Kuxe bzw. bei Mehrstimmrechtsaktien 5 % der Stimmrechte aus Aktien desselben Ausstellers für alle von ihr verwalteten Investmentfonds erwerben (356)

Die vorgenannten Sätze dürfen beim einzelnen Investmentfonds übrigens nur die Dauer von 6 Monaten überschritten werden, wenn es sich um den Erwerb von Freiaktien oder um die Ausübung von Bezugsrechten handelt, die aus Wertpapieren des Investmentfonds stammen. (357)

Auch hinsichtlich der quantitativen Risikoverteilung können die Vertragsbedingungen gemäß § 14 III lit. a KAGG weitere Schranken setzen.

bbb. Unzulässige Gegenstände

Nur Aufnahme in einen Investmentfonds sind all die Vermögensgegenstände unzulässig, die gegen die Bestimmungen des KAGG oder die Vertragsbedingungen verstoßen. Dabei ist die Rechtsfolge bei einem verbotswidrig vorgenommenen Erwerb jedoch verschieden, je nachdem, ob gegen das KAGG oder die Vertragsbedingungen verstoßen ist.

aaaa. Gegen das KAGG verstoßende Anlagen

Die Kapitalanlagegesellschaft kann gemäß § 7 VI KAGG Anteilscheine eines anderen Investmentfonds nicht erwerben (358). Dieses gesetzliche Erwerbsverbot zieht die absolute Nichtigkeit einer dagegen verstoßenden Erwerbsgeschäften nach sich. (359)

In höchstem Maße strittig ist die Frage, ob sich dieses Erwerbsverbot nur auf Anteilscheine i. S. d. Gesetzes bezieht, d. h. solche, die von Kapitalanlagegesellschaften des § 1 I KAGG ausgestellt sind, oder ob unter dieses Verbot auch die Anteilscheine sonstiger Investmentunternehmen fallen, etwa die Aktien von als Aktiengesellschaften aufgezeichnete Investmentunternehmen oder die börsennotierten Anteilscheine „geschlossener“ Investmentfonds (360) oder Anteilscheine ausländischer Investmentunternehmen.

(356) § 7 IV KAGG.

(357) § 7 V KAGG.

(358) Anders das AFG in Art. 6 II, Vgl. u. S. 210.

(359) Dies ergibt sich aus der Gesetzessprache - „können nicht“ - aber auch aus § 7 VII KAGG arg. e contrario. Diese textliche Klarstellung ist vom Bundesrat bei der Einberufung des Vermittlungsausschusses ausdrücklich verlangt worden, nachdem der Entwurf von „dürfen nicht“ gesprochen hatte. Vgl. BT - Drucksache II/3235. Vgl. auch Palandt - Danckelmann, § 134 Anm. 2 a; Tormann - Siara, § 7 Anm. VI, S. 38.

(360) Bei ihnen werden keine neuen Anteile mehr ausgegeben

Ebner von Eschenbach (361) hält mit dieser Gesetzesbestimmung jeglichen Erwerb von Anteilscheinen anderer Investmentunternehmen für untersagt. Tormann-Siara (362), und ihnen folgend Reuter (363), schließen den Erwerb von Anteilscheinen deutscher Investmentfonds grundsätzlich aus, den Erwerb ausländischer Investmentanteilscheine nur, wenn die Investmentfond vertragstechnisch, nicht aber wenn sie gesellschaftsrechtlich aufgezogen sind.

Sinn und Zweck des § 7 VI KAGG ist, einmal die Verflechtung von Investmentunternehmen untereinander zu verhindern, (364) alsdann die Umgehung der Vorschriften über die Risikonuschung bzw. das Verbot der Unternehmensbeherrschung (365) auszuschließen. Das war auch die Zielsetzung des historischen Gesetzgebers, der bei den Vorarbeiten zum KAGG vor allem auf die Gesetzgebung in den USA abgestellt hat; dort waren aus den schlechten Erfahrungen am Ende der 20er Jahre gerade solche Verbote in den Investment Company and Investment Advisers Act aufgenommen worden. (366)

Daraus kann m.E. nur gefolgert werden, daß § 7 VI KAGG den Erwerb sämtlicher Investmentanteile verbietet, und zwar unabhängig davon, wie das Investmentgeschäft bei den jeweils in Betracht kommenden Fonds organisiert ist. Dieses Verbot gilt jedoch nur für die dem Gesetz unterworfenen Kapitalgesellschaften. (367)

Hinsichtlich der Vorschriften des § 7 I-V KAGG trifft § 7 VII KAGG eine ausdrückliche Bestimmung über die Rechtsfolge von gegen die verstoßenden Rechtsgeschäften: Ihre Rechtswirksamkeit wird durch die Verstoß nicht berührt, Kausal- und Erfüllungsgeschäft sind voll wirksam. (368)

bbbb. Gegen die Vertragsbestimmungen verstoßende Anlagen

Verstöße gegen Verträge, über die Bestimmungen des KAGG hinausgehende und in den Vertragsbedingungen festgelegte Anlagevorschriften haben ebenfalls auf die Rechtswirksamkeit der Erwerbsgeschäfte keinen Einfluß, da die Kapitalanlagegesellschaft in eigenem Namen handelt und Dritten, ausgenommen der Fall der Kollusion, eine Bindung der Kapitalanlagegesellschaft an Umverhältnisse nicht entgegenzusetzen werden kann.

(361) Ebner von Eschenbach, S. 44, allerdings ohne Begründung.

(362) Tormann-Siara, § 7, Anm. VI, S. 32.

(363) Reuter, S. 93.

(364) Der Gefahr, daß Anteilscheine mit Anteilscheinen der beschriebenen Fonds bezahlt werden, wäre durch § 18 I 2 KAGG gesteuert.

(365) § 7 II-IV KAGG.

(366) S. o. S. 11 f.

(367) Gl. A. Ebner von Eschenbach, a. a. O.

(368) Zur Frage der Cedenzmachung von Schadenersatzansprüchen sowie der wegen Verstöße gegen die Anlagevorschriften möglichen Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörde vgl. u. S. 140 ff., 314 ff.

Bei der Miteigentumslösung ist es allerdings - unter den tatsächlichen Verhältnissen freilich wohl nur theoretisch - möglich, in den Vertragsbedingungen die Verfügungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft absolut zu beschränken, so daß über die Anlagevorschriften hinausgehende Geschäfte für die Anleger nicht verbindlich sind. (369)

cc. Der Erwerb von Vermögenswerten für den Investmentfonds

Nunmehr ist zu untersuchen, ab wann Gegenstände als dem Investmentfonds zugehörig bezeichnet werden können. Denn erst mit diesem Zeitpunkt wird die Verwahrungspflicht der Depotbank aktuell. (370) Da der Investmentfonds ein Sondervermögen und als solches hinlänglich bestimmt ist, kann in diesem Zusammenhang die weitere Frage unberücksichtigt bleiben, in wessen Rechtszuständigkeit - Kapitalanlagegesellschaft oder Gemeinschaft der Miteigentümer - der Investmentfonds gehört.

Bei dem Erwerb von Vermögenswerten für einen Investmentfonds ist zu unterscheiden zwischen Gegenständen, deren Erwerb für den Investmentfonds auf die Initiative der Anleger und ihre Einzahlungen zurückgeht, und den Gegenständen, die mit der Angehörigkeit der Kapitalanlagegesellschaft für den Investmentfonds in Beziehung stehen. (371)

aa. Erwerb aufgrund der Einzahlungen der Anleger

Nach § 1 I i. V. m. § 6 I 1, auch § 18 I 1 KAGG, werden die Einzahlungen der Anleger der Anteil des Investmentfonds, für den sie bestimmt sind. Aus dem Gesetz läßt sich zwar entnehmen, wann dieses "eingelegte Geld" (372) bzw. sein "Gegenwert" (373) spätestens Bestandteil des Investmentfonds geworden sein muß: wenn die Depotbank, die den Gegenwert nach § 18 I 2 H. S. KAGG dem Sondervermögen unverzüglich zuzuführen hat, ihrer Pflicht nachgekommen ist, nämlich wenn "der Preis für die Ausgabe von Anteilscheinen auf einem für das Sondervermögen eingerichteten getrennten Konto" verbucht ist. (374) Allein es ist hiermit noch nicht gesagt, was zuvor mit diesem wirtschaftlichen Phänomen geschieht, das das Gesetz abwechselnd mit Ausgabepreis, Einzahlung und Gegenwert bezeichnet. Es steht zu vermuten, daß die investmentrechtliche Surrogation des § 6 KAGG für das Schicksal einer Anlegereinzahlung maßgebend ist.

(369) Vgl. hierzu v. Pannwitz, S. 84. S. a. o. S. 9 Fußn. 29 bezüglich der anglo-amerikanischen "ultra vires"-Lehre.

(370) S. hierzu v. S. 108 f.

(371) Schäcker, S. 82 ff., trifft die gleiche Unterscheidung, verwendet sie aber lediglich zur Herausstellung eines zeitlichen Unterschiedes; ein solcher tritt indessen nur für den kurzen Zeitraum in der Gründung eines Investmentfonds nach der "cash method" hinzu, solange die Kapitalanlagegesellschaft nämlich von ihrem Verfügungsrecht nach § 8 I 1 KAGG noch keinen Gebrauch gemacht hat.

(372) § 6 I 1 KAGG.

(373) § 18 I 2 H. S. KAGG.

(374) § 18 III 3 KAGG.

Um die umstrittene investmentrechtliche Surrogation in ihrer Bedeutung erfassen zu können, soll zunächst die Entwicklung bei einer Einzahlung eines Bankkunden zu gunsten eines gewöhnlichen Sondervermögens eines Dritten aufgezeigt werden. Im Grundfall (375) erhält der Dritte auf Grund seines Kontokorrentvertrages mit der Empfängerbank (376) in dem Augenblick eine Forderung aus § 781 BGB gegen seine Bank, in welchem diese ihm - in Ausführung des Kundenauftrages, wobei es sich um einen eigenen Kunden oder den einer Drittbank, um Barzahlungs- oder um Überweisungsverkehr handeln kann - den entsprechenden Betrag gutschreibt. (377) Zwar hat dieser Dritte bereits in dem Augenblick einen Anspruch aus §§ 675, 677 BGB gegen seine Bank, in dem diese durch Kreditierung seitens der Überweisungsbank, einer zwischengeschalteten Bank oder durch Leistung eines eigenen Kunden über den betreffenden Betrag Verfügungsberechtigt wird, (378) jedoch ist die Kundeneinzahlung erst dann als "Buchgeld" Bestandteil des Sondervermögens dieses Dritten, wenn der eingegangene Betrag auch dem für dieses Sondervermögen vorgesehenen Konto gutgeschrieben ist. (379)

Leistet nun ein Anleger aufgrund seines Investmentvertrages mit der Kapitalanlagegesellschaft eine Einzahlung zugunsten des Investmentfonds, fragt es sich, ob dieser Vorgang vom skizzierten Grundfall abweicht.

Nach § 6 I 1 KAGG wird das bei der Kapitalanlagegesellschaft "eingelegte Geld" kraft Gesetzes Bestandteil des Sondervermögens "Investmentfonds" der Kapitalanlagegesellschaft bzw. der Gesamtheit der Anleger, je nach der für den Fonds gewählten Eigentümlösung. Da aber die Einzahlungen gar nicht bei der Kapitalanlagegesellschaft zu leisten, sondern gemäß § 11 III 3 KAGG "an die Depotbank zu entrichten und von dieser auf einem für das Sondervermögen eingerichteten gesperrten Konto zu verbuchen" sind, läßt sich aus der Surrogationsnorm des § 6 I 1 KAGG allein noch

- (375) Dieser Grundfall läge z. B. vor, wenn sich ein Anleger an einem Investmentfonds eines dem KAGG nicht unterworfenen Investmentunternehmens beteiligt.
- (376) Es würde aber auch schon ein allgemeiner Bankvertrag dieses Dritten mit der Empfängerbank genügen. Wenn etwa einem Kunden ein Betrag auf "Konto pro Diverse" gutgeschrieben wird, gilt dies bereits als abstrakte Schulderklärung der Bank i. S. d. § 781 BGB. Vgl. BGHZ 27, 248; Baumbach - Duden, § 406 Anh. I Anm. G.
- (377) Vgl. Meyer - Cording, Banküberweisung, S. 131; BGH in NJW 1951, 437.
- (378) H. M. Vgl. statt aller Baumbach - Duden, a. a. O., Anm. E.
- (379) Denn erst durch die Gutschrift der Bank tritt an die Stelle des Einzelanspruchs aus dem kausalen Schuldverhältnis nach §§ 675, 677 BGB ein selbständiges, abstraktes Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB. Vgl. Staudinger - Müller, § 780 Rdn. 6, Vorbem. vor § 783 Rdnr. 12; Schlegelberger - Hefermehl, Anh. zu § 365 Anm. 38; Bettermann in ZHR 111, 135; BGH in LM § 610 BGB Nr. 1 betr. der Abstraktheit des Buchgeldes. A. A. v. Godin, Einl. Nr. 5 ff. vor § 355, der erst auf die zugegangene Gutschriftsanzeige abstellt.

kein **Schluß** darauf ziehen, wann eine Einzahlung in den Investmentfonds fällt. (380)

Nach § 6 II 2. Altern. KAGG wird alles kraft gesetzlicher (dinglicher) Surrogation Bestandteil des Investmentfonds, was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich **auf das** Sondervermögen "Investmentfonds" bezieht. (381)

Damit **könnte** eine Einzahlung schon in dem Zeitpunkt, in welchem sie in den Verfügungsbereich der Depotbank gelangt, Bestandteil des Investmentfonds werden. (382)

Voraussetzung ist, daß sich diese Einzahlung schon in diesem Augenblick auch auf den Investmentfonds bezieht. (383) Das KAGG gibt jedoch keine nähere Umschreibung der Surrogation kraft rechtsgeschäftlichen Bezuges, aus der diese Frage ohne weiteres zu beantworten wäre. Soweit die Interessenlage und der Gesetzeszweck übereinstimmen, **könnten** die Grundsätze der Surrogation herangezogen werden, wie sie sich im Familien- und Erbrecht herausgebildet haben. (384)¹

Im Fall der Surrogation aufgrund einer Beziehung zum Sondervermögen wird für den hier interessierenden Fall, daß nicht mit Mitteln des Sondervermögens erworben wird, (385) folgendes verlangt: (386)

- (380) Versteht man den Ausdruck "eingelegt" in dem Sinne, daß damit der Endzustand nach richtiger Ausführung des Zahlungsauftrages des seine Einzahlung leistenden Anlegers gemeint sei, wäre die Gutschrift des entsprechenden Betrages auf einem Sperrkonto des Investmentfonds das relevante Moment. Dies wird denn auch von Schacker, S. 83 f., und Ebner von Eschenbach, S. 28 f. u. 127 f., vertreten.
- (381) Bemerkenswerterweise sind die beiden anderen Alternativen der Surrogationsvorschrift des § 6 II KAGG auf Erwerbsakte gerichtet, die durch die Initiative der Kapitalanlagegesellschaft oder dessen hervorgerufen werden, dem der Investmentfonds rechtlich zusteht. Damit ist die hier vorgenommene Gliederung des Erwerbs nach "Initiatoren" sowie die Außerachtlassung der rechtlichen Zuständigkeit - s. o. S. 72 gerechtfertigt.
- (382) Aufgrund des Depotbankvertrages hätte freilich die Kapitalanlagegesellschaft gegen die Depotbank, die gemäß §§ 362 II, 185 BGB analog zur Annahme der Einzahlungen der Anleger ermächtigt ist -vgl. Baumbach - Duden, § 406 Anh. I Anm. 2 J. -, Anspruch auf Gutschrift der aus Einzahlungen von Anlegern stammenden Beträge auf ein zum Investmentfonds gehörendes Konto, §§ 675, 667 BGB, 11 III 3 KAGG. Freilich ist damit noch nicht die Zugehörigkeit dieses Anspruchs zum Investmentfonds geklärt.
- (383) Frühere Durchgangsstationen einer Einzahlung eines Anlegers müssen außer Betracht bleiben, da die Surrogation des § 6 II KAGG nur auf Rechtsgeschäfte der der Kapitalanlagegesellschaft abstellt oder auf Erwerbungen der Kapitalanlagegesellschaft bzw. der Anlegergemeinschaft.
- (384) Vgl. Schacker, S. 88; Wendt, S. 47 Fußn. 13 S. 2.
- (385) In den Fällen des Erwerbes mit Mitteln des Sondervermögens wird für die Rechtsfolge der Surrogation allein auf diesen - objektiven - Umstand abgestellt. Vgl. Ennecerus - Coing, § 107 II 1; Palandt - Rechenmacher, § 2041 Anm. 1, jeweils mit weiteren Nachweisen.
- (386) Eine Übersicht über die Vertreter der verschiedenen Meinungen zu diesem Komplex gibt OLG München in NJW 1956, 1880.

- Es muß ein inhaltlicher (objektiver) Zusammenhang zwischen dem in Betracht kommenden Gegenstand und dem Sondervermögen bestehen, dieser kann sich einmal darin ausdrücken, daß das Erwerbsgeschäft mit dem Sondervermögen ursächlich in Beziehung steht, hinreichend ist aber schon eine rein wirtschaftliche Beziehung (387)
- Zusätzlich wird ein subjektiver Wille verlangt, der darauf gerichtet ist, daß der Erwerb für das Sondervermögen geschehen soll (388)

Die inhaltliche Beziehung einer Einzahlung eines Anlegers ist der Depotbank dadurch erkennbar, daß entweder der Verwendungszweck für die geleistete Zahlung oder aber bereits ein bestimmtes Konto für den Investmentfonds angegeben ist. (389) Ob aber im Rahmen des § 6 II KAGG auch die subjektive Willensrichtung der Kapitalanlagegesellschaft erforderlich ist, erscheint aus dogmatischen wie aus tatsächlichen Gründen fraglich. (390)

Zur Klärung der Bedeutung der subjektiven Willensrichtung in der investimentrechtlichen Surrogation muß aber auf die Interessenlage und den Zweck der dinglichen Surrogationsnormen im bürgerlichen Recht zurückgegangen werden. Es kommen vor allem die §§ 1473 BGB (Gesamtgut der Gütergemeinschaft), 1370 BGB (Hausrat der Zugewinnngemeinschaft), 1416 BGB (Gesamtgut), 1418 BGB (Vorbehaltsgut), 1638 und 1646 BGB (Kindesvermögen), 2041 BGB (Nachlaß) in Betracht. Zweck der Surrogationsnormen in den genannten Beispielen ist, denen, in deren Interesse die jeweiligen Sondervermögen bestehen, die wirtschaftliche Substanz zu erhalten. (391) Eine Einschränkung der "Automatik" des Surrogationseffektes allein infolge sogenannter objektiver Beziehung war insbesondere für die Fälle geboten, in denen das Sondervermögen eine Mehrung erfuhr. Es wurde das zusätzliche Erfordernis aufgestellt, daß auch der Wille

(387) Vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 2041 Anm. 1; Kregel in RGRK z. BGB, § 2041 Anm. 3; Staudinger - Lehmann, § 2041 Rdn. 3 b; Kötz, S. 102; Kipp - Coing, § 114 III 2.

(388) Vgl. Palandt - Lauterbach, § 1418 Anm. 3 c cc; Gernhuber, § 38 V 4; Kipp - Coing, § 114 III 2 b.

(389) Zahlungsbegünstigter der Anleger ist - unabhängig vom Aufbau des Investmentfonds nach der Miteigentums- oder der Treuhandlösung - die Kapitalanlagegesellschaft, § 8 I 1 KAGG.

Die Angabe des Verwendungszweckes einer bankmässigen Zahlung, wie sie üblicherweise auf Einzahlungs- oder Überweisungsformularen in einer besonderen Spalte vorgesehen ist, ist im bankgeschäftlichen Zahlungsverkehr grundsätzlich unbeachtlich, vgl. BGH in WM 1961, 78. Aus § 11 III i. V. § 11 VI KAGG ergibt sich aber, daß der Depotbankvertrag die Depotbank verpflichtet, die Angabe des hinsichtlich des Investmentfonds enthaltenen Verwendungszweckes auf Zahlungen an die Kapitalanlagegesellschaft zu beachten. S. dazu u. S. 77

(390) In der Literatur sind bisher nur die dogmatischen Gesichtspunkte herausgestellt worden, ohne daß die Frage aufgeworfen wurde, wie sich denn die Surrogationsnorm auswirken würde, wenn man zum objektiven Kriterium noch jenes der subjektiven Willensrichtung verlangt oder nicht. Vgl. zuletzt Wendt, S. 47 f. mit weiteren Nachweisen.

(391) Kipp - Coing, § 114 III.

zum Erwerb zu Gunsten des Sondervermögens bestehen müsse; denn sonst würde der hinsichtlich des Sondervermögens Verfügungsberechtigte gegebenenfalls gegen seinen Willen um sein Eigentum an einem von ihm erworbenen Gegenstand gebracht, nur weil gerade ein sogenannter inhaltlicher Zusammenhang mit dem Sondervermögen besteht. (392)

Damit ist Sinn des subjektiven Willenselementes ausschließlich, den "wirtschaftlichen Zusammenhang" zwischen Erwerbsgegenstand und Sondervermögen der von der Surrogationsnorm geschützten Interessenlage entsprechend zu konkretisieren. (393)

Bei den Einzahlungen der Anleger des Investmentgeschäftes ist Zweck der Surrogationsnorm des § 6 II KAGG gleichfalls der Schutz derjenigen, in deren Interesse das Sondervermögen verwaltet wird, also der Schutz der Anleger. (394) Die gesetzliche Surrogation soll verhindern, daß von den Anlegern zur Anlage im Investmentfonds aufgebracht Geld zweckentfremdet wird. (395) Im Interesse des Verfügungsbefugten, der Kapitalanlagegesellschaft, (396) braucht jedoch keine - zusätzliche - Konkretisierung der erworbenen Gegenstände im Hinblick auf den subjektiven Willen erfolgen, da die wirtschaftliche Beziehung der Einzahlungen zum Investmentfonds - und nicht zum Eigenvermögen der Kapitalanlagegesellschaft - zweifelsfrei erkennbar ist. (397)

(392) Vgl. hierzu Staudinger - Lehmann, § 2041 Rdn. 3 b.

(393) Das wird besonders an § 1370 BGB deutlich: hier ist der subjektive Wille unbeachtlich, da der Zweck, dem bisherigen Eigentümer von Haushaltsgegenständen auch Ersatzstücke zukommen zu lassen, eben gerade durch einen relevanten entgegengesetzten Willen vereitelt würde. Vgl. a. Palandt - Lauterbach, § 1370 Anm. 2.

(394) Vgl. dazu Wendt, S. 48 Fußn. 17.

(395) Vgl. §§ 18 I 1 2. H. S., 11 VIII, auch 18 I 3 KAGG.

(396) S. zu der hier vertretenen Qualifikation u. S. 106 ff.

(397) Es darf nicht übersehen werden, wie Kipp - Coing, § 114 III 2, zu recht darlegen, "daß das Surrogationsprinzip seinen Sinn gerade darin hat, den Erwerb für ein bestimmtes Sondervermögen unabhängig vom Willen der Geschäftsparteien eintreten zu lassen. Man kann daher nicht dort, wo das Gesetz das Surrogationsprinzip einführen wollte, im Wege der Auslegung auf die Parteiautonomie zurückkommen."

Andererseits ist die Abgrenzung zwischen objektiver und subjektiver Beziehung zum Investmentfonds nicht so zu verstehen, wie sie mitunter im Erbrecht getroffen wird, daß nämlich eine objektive Beziehung nur vorläge, wenn der erworbene Gegenstand seiner Art nach für das Sondervermögen nützlich sein könne, etwa ein angrenzendes Grundstück. Dann spielen tatsächlich wieder subjektive Momente mit. Im Investmentgeschäft kann indessen eine objektive Beziehung immer dann angenommen werden, wenn ein Erwerbsgeschäft bzw. ein Veräußerungsgeschäft inhaltlich und äußerlich erkennbar für Rechnung eines Investmentfonds erfolgt. In der Literatur sind die Ansichten geteilt, ob der Wille der Kapitalanlagegesellschaft, für den Fonds zu erwerben, bei § 6 II KAGG erforderlich ist. Wie hier stellen allein auf die inhaltliche Beziehung ab: Gessler, S. 15; Tormann-Siara, § 6 Anm. II 2; vom Berge und Herrendorff, S. 45; Wendt, S. 47. Die Gegenansicht vertreten Schäcker, S. 90 f., und Ebner von Eschenbach, S. 47 f.

Aber selbst wenn man für § 6 II KAGG das Element des subjektiven Willens aufstellte, ist er bei der Kapitalanlagegesellschaft für die Dauer des Depotbankvertrages immer als gegeben vorauszusetzen. Denn der Depotbankvertrag gestattet nicht mehr, den subjektiven Willen der Kapitalanlagegesellschaft bezüglich der Einzahlungen der Anleger zur Tatfrage zu machen, (398) weil die Kapitalanlagegesellschaft im Depotbankvertrag die Depotbank entsprechend §§ 362 II, 185 BGB zur Annahme der Eingänge seitens der Anleger ermächtigt hat (399) und § 333 BGB auf den Depotbankvertrag nicht anwendbar ist. (400) Damit liegt im Augenblick, in dem die Depotbank die Verfügungsmacht über für den Investmentfonds bestimmte Zahlungen der Anleger erhält, der Wille der Kapitalanlagegesellschaft vor, diese Zahlungen für ein Sperrkonto des Investmentfonds - § 11 III 3 KAGG - anzunehmen.

Aus alledem folgt, daß die dingliche Surrogation kraft § 6 II KAGG in dem Zeitpunkt einsetzt, in dem die Depotbank über die Einzahlungen der Anleger - unabhängig von der Art ihrer Durchführung - die Verfügung erlangt, nicht erst mit der Gutschrift auf einem Sperrkonto des Investmentfonds. (401) (402) Auch wenn die Kapitalanlagegesellschaft zum gleichen Zeitpunkt nach allgemeinem Bankrecht einen Anspruch gegen die Depotbank auf diese Einzahlungen gemäß §§ 675, 667 BGB gewinnt, aber dann ohne die investimentrechtliche Surrogation über diese Forderungen verfügen könnte, so bewirkt hier die Surrogation des § 6 II KAGG, daß diese Einzahlungen ab

"Eintreffen" bei den Fondsverwaltern Bestandteil des Investmentfonds werden. (398b)

(398) So jedoch Schäcker, S. 88.

(399) Vgl. Baumbach - Duden, § 406 Anh. I Anm. 2 G u. J. v. Caemmerer, in JZ 1952, 446; BGH in JZ 1953, 470. S. a. o. Fußn. 382.

(400) OGH 4, 85.

(401) A. A. Schäcker, S. 84.

(402) Unabhängig davon ist die Depotbank noch weiterhin aus dem Depotbankvertrag verpflichtet, gemäß § 11 III 3 KAGG die Zahlungseingänge zugunsten der Kapitalanlagegesellschaft aus Anlegereinzahlungen auf einem Sperrkonto des Investmentfonds zu verbuchen.

(403) Allein dieses Ergebnis kann im Investmentgeschäft auch wünschenswert sein. Die Surrogationsnorm ist in Zusammenhang mit der Aussonderungsvorschrift zum Schutz des Investmentfonds vor Zugriffen Dritter geschaffen worden. Das Investmentvermögen der Anleger soll in jedem Stadium seiner Verwaltung geschützt werden; es ist daher nicht einzusehen, warum die Spanne zwischen Eingang der Zahlung des Ausgabepreises und Gutschrift auf dem Sperrkonto des Fonds davon ausgenommen sein soll.

Klenk, S. 24 f., schließlich legt den Zeitpunkt, in welchem eine Einzahlung eines Anlegers in den Investmentfonds übergeht, noch weiter vor; seiner Ansicht nach müsse § 6 II 2. Alt. KAGG so interpretiert werden, daß die investimentrechtliche Surrogation nicht erst eine Vermögensleistung des Anlegers, nämlich die "Einzahlung" erfasse, sondern bereits seine Leistungsschuld aus dem Investmentvertrag.

Die Leistungspflicht des Anlegers - s. dazu u. S. 177 - stellt nun in der Tat eine

bbb. Erwerb aufgrund der Anlagetätigkeit der Kapitalanlagegesellschaft

Sobald die Einzahlungen der Anleger Bestandteil des Investmentfonds geworden sind, wird ihr weiteres Schicksal durch die Anlagedispositionen der Kapitalanlagegesellschaft bestimmt. Da die Anlageentscheide und ihre Ausführung durchweg einen rechtsgeschäftlichen Bezug zum Investmentfonds haben, werden sie sämtlich von der dinglichen Surrogation des § 6 II KAGG erfaßt.

Soweit die Depotbank von der Kapitalanlagegesellschaft mit der Ausführung der Anlageentscheide beauftragt wird, bestehen keine Bedenken, allein auf den objektiven, inhaltlichen Zusammenhang mit dem Investmentfonds abzustellen. Dieser wirtschaftliche Zusammenhang wird hergestellt, wenn durch die Depotbank für Rechnung der Kapitalanlagegesellschaft und zu Gunsten des Investmentfonds ein Gegenstand erworben wird und diese Beziehung objektiv erkennbar ist. (404) Selbst wenn man - entgegen der hier vertretenen Ansicht - für die Surrogation nach § 6 II KAGG den Willen der Kapitalanlagegesellschaft zum Erwerb der Anlagen für den Investmentfonds voraussetzt, liegt dieser Wille bei ordnungsgemäßer Auftragserteilung an die Depotbank immer vor. (405)

rechtliche Beziehung zum Sondervermögen her, weil sie nämlich der Kapitalanlagegesellschaft gegenüber aus dem zugrundeliegenden Investmentsvertrag rührt. Würde man also bereits mit Entstehen der Leistungspflicht, d. h. im Zeitpunkt des wirksamen Abschlusses des Investmentvertrages zwischen Anleger und Kapitalanlagegesellschaft, die investimentrechtliche Surrogation eingreifen lassen, dann wären die hier angestellten komplizierten Überlegungen überflüssig. Diese Auslegung der investimentrechtlichen Surrogation ist jedoch nicht haltbar. Wie oben auf Seite 76 dargelegt, ist Sinn dieser Surrogation, die Anleger zu schützen, dafür zu sorgen, daß von ihnen zwecks Anlage im Investmentfonds aufgebrachtes Geld nicht zweckentfremdet wird. Da jede gesetzliche Surrogation als Ausnahmeregelung aber nicht ohne Not ausgedehnt werden darf, ist nicht erkennbar, daß diese Surrogationsvorschrift des § 6 II KAGG, die zum Schutz der wirtschaftlichen Substanz des Investmentfonds geschaffen ist, nunmehr bereits das Privatvermögen des künftigen Anlegers ergreifen soll: der Anleger, der sich durch Abschluß seines Investmentvertrages zur Leistung des Ausgabepreises verpflichtet, ist ausreichend geschützt, indem er seine Einzahlung nur gegen Aushändigung des ihm zustehenden Anteilscheines bewirken braucht.

(404) Zur Abwicklung der Effektengeschäfte durch die Depotbank s. u. S. 104 ff.

(405) In der Praxis des Investmentgeschäftes dürfte hier regelmäßig eine Mittelsurrogation vorliegen. Bei dieser Surrogationsalternative wird im BGB ganz überwiegend ausschließlich auf die objektive Beziehung des erworbenen Gegenstandes zum Sondervermögen abgestellt, mit dessen Mitteln dieser Gegenstand erworben wurde. Vgl. Kipp-Coing, § 114 III 2; Kregel in RGRK. z. BGB, § 2041 Anm. 3. Zwar geht das Investmentgesetz davon aus, daß die Depotbank die Erwerbsgeschäfte für einen Investmentfonds zweiaktig durchführt, nämlich, daß die Kapitalanlagegesellschaft zunächst im eigenen Namen und ohne Erkennenlassen, für wessen Rechnung sie handelt, ihren Auftrag an

Fraglich ist dies jedoch, wenn die Kapitalanlagegesellschaft die Anlagegeschäfte für einen Investmentfonds nicht vollumfänglich über die Depotbank gemäß Nr. 29 ff. AGB abwickelt. Rechtlich ist das stets zulässig, da der Depotbankvertrag die Kapitalanlagegesellschaft nicht verpflichten kann, sämtliche Verfügungen über den Investmentfonds im "Auftrag" an die Depotbank zu vergeben. (406) Das folgt schon aus § 9 I 1 KAGG, wonach die Kapitalanlagegesellschaft im Interesse der Anleger zu handeln hat; das Interesse der Anleger kann aber gegebenenfalls ein Anlagegeschäft ohne den Umweg über die Beauftragung der Depotbank erheischen. Im übrigen gibt § 8 I 1 KAGG der Kapitalanlagegesellschaft die Kompetenz, selbst über Fondswerte zu verfügen. Diese Vorschrift, i. V. m. § 9 I 1 KAGG, erteilt der Kapitalanlagegesellschaft darüber hinaus sogar die Pflicht zur eigenständigen Durchführung von Verwaltungsaufgaben, wenn diese nicht mehr "banküblich" sind, (407) wie z. B. die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Kapitalanlagegesellschaft bzw. der Anlegergemeinschaft. (408) Für ein sogenanntes eigenständiges Verfügen der Kapitalanlagegesellschaft, das mit dem Investmentfonds in Beziehung steht, gilt wegen der gesetzlichen Vorschrift, daß Gegenstände des Investmentfonds vom eigenen Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft getrennt zu halten sind (§ 6 KAGG), folgendes: (409)

- Handelt es sich um ein obligatorisches Recht, das die Kapitalanlagegesellschaft erwirbt und das sich auf den Investmentfonds beziehen soll, z. B. um den Anspruch auf Erfüllung eines Kaufgeschäftes über Wertpapiere, so verlangt das Offenkundigkeitsprinzip des § 6 KAGG, daß die inhaltliche Beziehung zum Investmentfonds bereits aus dem obligatorischen Recht selbst hervorgehen muß. (410)

Damit geht aber aus dem obligatorischen Recht schon objektiv hervor, daß es zum Investmentfonds in Beziehung steht; entsprechend greift die Surrogationsnorm des § 6

die Depotbank gibt und daß sie dann Ersatz ihrer Aufwendungen aus dem Investmentfonds gemäß § 11 VII 1 KAGG verlangt; dann hat die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank zu erkennen zu geben, daß sie die entsprechenden Anlagewerte für den Investmentfonds erworben hat.

Praktisch wird es aber durchwegs so gehandhabt werden, daß die Depotbank unmittelbar zur Durchführung eines Anlagegeschäftes für den Investmentfonds zu Lasten eines bestimmten Sperrkontos oder Sperrdepots des Fonds beauftragt wird. Dann hat die Depotbank aufgrund ihres Kontrollrechts die Ordnungsmässigkeit des Auftrags zu prüfen und für den Fall, daß die Kapitalanlagegesellschaft ein Anlagegeschäft für eigene Rechnung, aber zu Lasten des Investmentfonds durchzuführen verlangt, ihre Mitwirkung zu verweigern. S. dazu u. S. 104 ff.

(406) Eine dennoch so gehaltene Vertragsklausel ist gesetzwidrig und damit unbeachtlich.

(407) S. dazu o. S. 63.

(408) Die Depotbank muß aber auch dann in einem gewissen Mindestumfang (§ 11 III, IV KAGG) eingeschaltet werden. S. dazu u. S. 103 f.

(409) Vgl. hierzu auch u. S. 87.

(410) Im angeführten Wertpapierkaufvertrag könnte das etwa dadurch geschehen, daß ausdrücklich zum Vertragsinhalt gemacht wird, daß der Kauf für Rechnung des Investmentfonds bzw. seiner Rechtsträger erfolgt oder daß die Erfüllung nur durch

II KAGG ein und macht dieses obligatorische Recht zum Bestandteil des Fondsvermögens.

- Handelt es sich um eine Sache, z. B. ein Wertpapier in Eigentum oder Besitz der Kapitalanlagegesellschaft oder an dem sie ein geeignetes dingliches Recht hat, welche die Kapitalanlagegesellschaft nunmehr für den Investmentfonds erwerben will, so ist dieser Wille unbeachtlich und also ohne Beziehung zum Investmentfonds, solange nicht ein - entsprechend obigem Ergebnis - offenkundiges Kausalgeschäft geschlossen oder eine Besitz- bzw. dingliche Übertragung dergestalt vorgenommen wurde, daß eine Trennung vom eigenen Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft durch Verwahrung bei der Depotbank (411) oder durch Kennzeichnung der Sachen zugunsten des Investmentfonds eintritt; denn andernfalls mangelt es bereits an der objektiv-inhaltlichen Beziehung zum Investmentfonds.

ccc. Zur investmentlichen Surrogation

Die Einzahlungen der Anleger und die Anlagegeschäfte der Kapitalanlagegesellschaft werden, wie die vorhergehenden Abschnitte gezeigt haben, von der Surrogationsnorm des § 6 II KAGG berührt.

Dabei kommt es nach der hier vertretenen Ansicht allein auf die inhaltliche Beziehung der betreffenden Vermögenswerte zum Investmentfonds an, damit diese kraft der Surrogation des § 6 II KAGG zum Investmentfonds gehören und daher im Falle der Miteigentumslösung ins Miteigentum der Anleger und im Falle der Treuhandlösung ins fiduziarische Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft fallen. Der Wille der Kapitalanlagegesellschaft, die betreffenden objektiv mit dem Investmentfonds in Beziehung stehenden Vermögenswerte auch für den Investmentfonds und nicht für eigene Rechnung erwerben zu wollen, ist rechtlich unbeachtlich. (412) Aber auch die Gegenansicht (413) hat für das Investmentgeschäft regelmäßig keine praktische Bedeutung, solange die Depotbank ihrer Pflicht aus dem Depotbankvertrag nachkommt, die zum Fonds gehörenden Vermögenswerte in ihre Verwahrung zu nehmen, d. h. den Sperrkonten und -depots des Investmentfonds zuzuführen.

Die Richtigkeit des hier vertretenen Ergebnisses bei der Qualifizierung der investmentrechtlichen Surrogation zeigt sich auch bei einem Vergleich mit der entsprechenden Lösung im angelsächsischen Rechtskreis; dort herrscht die vollumfängliche Surrogation zum Schutze der Anleger bei der trustrechtlichen Organisationsform. (414)

Das besagt, daß

Besitzübertragung an die Depotbank zugunsten des Fondsdepots statthaft sein soll, § 11 VI, III KAGG. Vgl. unten S. 88.

(411) Insoweit übereinstimmend Schäcker, S. 89.

(412) Gl. A. Tormann-Siara, § 6 Anm. II; Gessler, S. 15; vom Berge und Herrendorf, S. 45; Wendt, S. 47 f.

(413) Ebner von Eschenbach, S. 47 f.; Schäcker, S. 90 f.

(414) Vgl. Kötz, S. 30 f., 129; s. a. o. S. 5.

- der Gegenwert von Verfügungen im Rahmen der Pflichten des Trustees Teil des Trustvermögens wird, da diese Verfügungen ja vom subjektiven Willen des Trustees begleitet sind, für das Trustvermögen zu erwerben;
- aber auch der Gegenwert von pflichtwidrigen Verfügungen, also solchen, bei denen es an diesem subjektiven Erwerbswillen mangelt, Bestandteil des Trustvermögens wird, indem an ihnen nämlich der sogenannte "constructive trust" entsteht. (415)

Schließlich muß aber ein Blick auf die Entwicklung der Verwaltungstreuhand in der deutschen Rechtsprechung davon überzeugen, daß der § 6 II KAGG nur im oben dargelegten Sinne verstanden werden kann. Nach der grundlegenden Rechtsprechung des Reichsgerichtes (416) hat die für verschiedene Rechtsverhältnisse geltende Regel der dinglichen Surrogation keine allgemeine Geltung; wo bei einer Verwaltungstreuhand dennoch die gleiche Wirkung erzielt werden soll, ist der darauf gerichtete rechtsgeschäftliche Wille des Treuhänders erforderlich. Mangelt es demgemäß am subjektiven Surrogationswillen des Treuhänders, insbesondere wenn der Treuhänder treuwidrig verfügt, so kann der Erfolg, daß der fragliche Gegenstand Bestandteil des Treugutes wird, nicht eintreten. (417)

Im Hinblick auf eine gesetzliche Regelung der Verwaltungstreuhand hat schon Friedmann gefordert, daß die "offene Treuhand in Erkennbarkeit und Publizität formstreng ... aufzubauen" ist. (418) Wenn nunmehr der Gesetzgeber des KAGG eine Surrogationsnorm aufgestellt hat, wird man davon auszugehen haben, daß er dies in Kenntnis der amerikanischen Rechtslage wie der deutschen Rechtsprechung zur Verwaltungstreuhand getan hat und also mehr als das ohnehin schon in der Rechtsprechung Zugestandene - dann hätte es einer ausdrücklichen Vorschrift im KAGG nicht bedurft - wollte, nämlich etwas dem amerikanischen Vorbild Entsprechendes.

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, daß in **allen Fällen**, in denen die

(415) Vgl. hierzu Eisenmenger, S. 30, 32; Kötz, S. 30 f.

(416) Vgl. RGZ 94, 305; 153, 370; Friedmann, S. 862; Kötz, S. 129. Palandt-Hoche, Einl. vor § 929 Anm. 7 E kommt für die vertragliche Verwaltungstreuhand bereits der hier vertretenen Ansicht nahe.

An dieser Stelle ist auf die Übersicht bei Wendt, S. 14 ff., zu den wesentlichen Erscheinungsformen der Treuhand, der Verwaltungstreuhand, bei der der Treuhänder unbedingter Vollrechtsträger ist, und der Ermächtigungstreuhand, bei der der Treuhänder lediglich die Verfügungslegitimation i. S. d. § 185 BGB übertragen erhält, hinzuweisen. Die erste Form der Treuhand liegt der sog. "Treuhändlösung", die zweite der sog. "Miteigentümlösung", zugrunde. Da im Fall der Miteigentümlösung § 185 jedoch nur die Verfügungen im Rechtssinne decken würde, war § 8 I 1 KAGG erforderlich, um auch rein schuldrechtliche Rechtsgeschäfte in den Zuständigkeitsbereich der Kapitalanlagegesellschaft einzubeziehen.

(417) Vgl. RGZ 153, 370. Vgl. a. Ennecerus-Lehmann, § 234 I 1; Siebert, S. 155; Wendt, S. 16 f.; Kötz, S. 137 f.

(418) Friedmann, S. 813.

Kapitalanlagegesellschaft einen Gegenstand erwirbt, der erkennbar in wirtschaftlicher Beziehung zum Investmentfonds steht, dieser kraft der Surrogation des § 6 II KAGG Teil des Investmentfonds wird. Der subjektive Wille ist für diese Beziehung zur Präzisierung nicht nur nicht erforderlich, er muß sogar um der Eindeutigkeit willen außer Betracht bleiben. (419)

Damit ist auch der Zeitpunkt genügend bestimmbar, in welchem die jeweiligen Gegenstände Bestandteil des Investmentfonds werden. Im gleichen Augenblick kann dann die Depotbank nach § 11 VI KAGG "dafür sorgen", daß (diese Fondswerte. .) in ihre Verwahrung (gelangen). "

b. Vorgeschriebene und zulässige Verwahrungsarten .

Für die Verwahrung (420) eines Investmentfonds trifft das KAGG Vorschriften, die Gegenstand des Depotbankvertrages sind. Weitere Bestimmungen können in den Vertragsbedingungen getroffen werden.

Bei der Behandlung der Frage, wie die Depotbank ihrer Verwahrungspflicht nachzukommen hat, ist nach den Gruppen zu unterscheiden, aus denen sich ein Investmentfondszusammensetzt, nämlich aus Bankguthaben, Wertpapieren und sonstigen Vermögenswerten.

aa. Die Verwahrung der Bankguthaben

Nach § 11 III 3, 4 VI KAGG hat die Depotbank die Bankguthaben des Investmentfonds auf ein "gesperrtes Konto" zu verbuchen, um ihrer Verwahrungspflicht zu entsprechen.

aaa. Bankguthaben

Bankguthaben sind Forderungen eines Kunden gegen seine Bank auf Herausgabe von Geld. (421)

(419) Bemerkenswerterweise kommt das schweizerische AFG ohne eine Surrogationsnorm aus. Vgl. u. S. 213 ff.

(420) Der Begriff Verwahrung wird hier - wie z. B. in § 11 I KAGG - im nicht rechtstechnischen Sinn verwendet.
Zum entsprechenden Terminus " Aufbewahrung" im schweizerischen Investmentgesetz - Art. 18 I AFG - s. u. S. 208 f.

(421) Erst mit der Gutschrift entsteht eine Guthabenforderung des Kunden gegen seine Bank, welche dadurch ein abstraktes Schuldversprechen nach §§ 780 f. BGB abgibt. Vgl. für die Barzahlung Siebert, S. 351 f. ; für die Überweisung Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 365 Anm. 38; Meyer-Cording, Banküberweisung, S. 41 ; BGHZ 6, 121 (124); BGH in BB 1960, 343. Mit der Gutschrift können die entsprechenden Gelder von demjenigen, der sie an die Bank geleistet hat, nicht mehr widerrufen werden. Vgl. dazu Baumbach-Duden, § 406 Anh. I Anm. 2 H.

Die Bankguthaben eines Investmentfonds sind nicht homogener Art. Sie umfassen einmal Gelder, die als Kontokorrentguthaben gehalten werden. Das sind ihrer Herkunft nach:

- die eingezahlten Beträge der Anleger (422)¹
- die Verkaufserlöse aus dem Verkauf von Anlagewerten (423)
- die Erträge aus den Anlagen (424)
- die sonstigen Guthaben aus für Rechnung der Anleger getätigten Geschäften (425)

Ein Teil der Bankguthaben ist die sogenannte Barreserve des Investmentfonds, welche die Kapitalanlagegesellschaft für künftige Anlagen, aber auch für eventuelle Rücknahmebegehren bereithält. Es ist anzunehmen, daß sie diese liquiden Mittel nicht auf einem Kontokorrentkonto läßt, das praktisch keinen Ertrag abwirft, sondern sie zu einem gewissen Teil auf Festgeld- oder Sparkonten überträgt. (426) (427)

bbb. Gesperrte Konten

Die Bezeichnung "gesperrtes Konto" ist kein rechtstechnischer Begriff. (428) Sie besagt lediglich, daß bezüglich eines Kontos ein Sperrvermerk angebracht ist. Diese Sperrung bedeutet negativ, daß die Guthaben dieser Konten - entgegen den auf gewöhnlichen Konten gemäß den AGB zur Anwendung kommenden Bankverträgen - nicht der Aufrechnungsbefugnis und dem Pfandrecht der Bank nach Nr. 19 II AGB unterliegen. (429) Üblicherweise wird mit der Sperrung eine Verfügungsbeschränkung des Kontoinhabers verbunden, (430) an die unter Umständen noch eine gewisse Überwachungspflicht der Bank geknüpft wird. (431)

Eine besondere Art von gesperrten Konten sind die sogenannten Anderkonten; da sie aber nur für bestimmte Kontoinhaber in Frage kommen, zu denen eine Kapitalanlage-

(422) § 11 III 3 KAGG.

(423) § 11 III 4 KAGG.

(424) § 11 III 4 KAGG.

(425) §§ 11 IV i. V. m. 6 II KAGG.

(426) Sämtliche Konten für einen Investmentfonds bei der Depotbank müssen gesperrt sein. Wie der Vergleich mit § 11 IV 1 KAGG zeigt, ist mit dem Sperrgebot im § 11 III 3 KAGG nicht nur ein einziges Sperrkonto gemeint.

(427) Zur Frage der Zulässigkeit von Sparkonten für die Anlage von Geldern eines Investmentfonds vgl. § 21 III 1 KWG.

(428) Der Ausdruck stammt aus der bankgeschäftlichen Praxis. Vgl. Tormann-Siara, § 11 Anm. 3, S. 49. Zur rechtlichen Bedeutung des Sperrvermerks vgl. Janberg.

(429) Trost-Schütz, S. 211 Ziff. 1 c.

(430) So richtig Schäcker, S. 122 u. Ebner von Eschenbach

(431) Vgl. BGH in BB 1967, 1453 f. (1454).

gesellschaft nicht zählt, (432) kann das "gesperrte Konto" des KAGG kein Anderkonto sein. Gleichwohl sind die vertraglichen Modalitäten im Depotbankvertrag hinsichtlich der gesperrten Konten wegen der gleichgerichteten Interessenlage (433) den Anderkonten entsprechend zu gestalten:

- Trennung von eigenen Konten der Kapitalanlagegesellschaft und Konten anderer Investmentfonds (434)
- Alleinverfügungsrecht durch die Kapitalanlagegesellschaft als Kontoinhaberin (435)
- Verfügungsbeschränkungen der Kapitalanlagegesellschaft zugunsten der Anleger als Begünstigte; diese Beschränkungen sind von der Depotbank zu beachten (436)
- Unangreifbarkeit für Gläubiger des Investmentfonds (437) bzw. der Begünstigten (438)
- Unangreifbarkeit für Gläubiger der Kapitalanlagegesellschaft (439)
- offenes Fremdkonto (440) (441)

Auch wenn der Depotbankvertrag hinsichtlich dieser Punkte keine ausdrückliche Vereinbarung enthält, werden sie kraft Gesetzes Bestandteil des Depotbankvertrages; sie schließen eventuelle entgegenstehende Vorschriften der AGB aus. (442)

bb. Die Verwahrung der Wertpapiere

Wenn das KAGG in § 11 III 1 bestimmt: "Die zu einem Sondervermögen gehörenden Wertpapiere (443) sind von der Depotbank in ein gesperrtes Depot zu legen", so ist

(443) Das sind zulässige und unzulässige Anlagepapiere, mit Ausnahme von Anteilscheinen anderer Investmentfonds. S. o. S. 67 ff.

(432) Die "Geschäftsbedingungen für Anderkonten und Anderdepots" sind abgedruckt bei Trost-Schütz.

(433) Vgl. zu den übereinstimmenden Grundlinien der verschiedenen Arten von Anderkonten Baumbach-Duden, Anh. III zu § 406.

Vgl. a. Tormann-Siara, § 11 Anm. III u. VII; Ebner von Eschenbach, S. 124 f.

(434) §§ 6 I 3; 6 III KAGG.

(435) §§ 8 I 1; 11 IV 1 KAGG.

(436) §§ 8 I 1, II; 11 VII KAGG.

(437) Rechtlich handelt es sich um die Eigentümer des Investmentfonds, das sind bei der Miteigentumlösung die Anleger, bei der Treuhandlösung ist es die Kapitalanlagegesellschaft. "Begünstigte" sind jedoch nur die Anleger, für deren Rechnung der Investmentfonds bei der Depotbank gehalten wird.

(438) §§ 10 I; 8 III; 9 II KAGG

(439) §§ 8 III; 9 II KAGG.

(440) § 11 III 3 KAGG.

(441) Zum Begriff vgl. Baumbach-Duden, a. a. O.

(442) Dies ist bedeutsam für diejenigen Fonds, deren Vertragsbedingungen nur die Bezeichnung "gesperrtes Konto" enthalten, für die die Kapitalanlagegesellschaft aber keine weiteren ausdrücklichen Vereinbarungen mit der Depotbank getroffen hat.

auch hier ein banktechnischer Ausdruck verwandt, der über die Verwahrungsart nichts besagt. Er weist lediglich darauf hin, daß das in der Depotbuchhaltung der Depotbank zu führende sogenannte Personendepot - auch Personen-Depotbuch genannt - (444) "gesperrt" sein muß.

Für die Sperrung gilt das Gleiche wie für die Sperrung von Bankguthaben des Investmentfonds.(445)Fraglich ist aber, ob für die Rechtsbeziehungen zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft Genüge getan ist, wenn eine der üblichen Depotbezeichnungen - Depot A, B, C oder D - verwendet wird, die zwischen Bankiers gemäß den "Geschäftsbedingungen für den Wertpapierverkehr mit inländischen Bankierkunden" (446) zur Anwendung kommen.

Bedenken erweckt zunächst die Tatsache, daß diese Geschäftsbedingungen im Hinblick auf das Depotgesetz, insbesondere auf § 4 DepG, aufgestellt worden sind, die Kapitalanlagegesellschaft indes kein Verwahrer i. S. d. § 1 II DepG ist, noch Zwischenverwahrer i. S. d. § 3 II DepG bezüglich der Anleger und der Depotbank (Drittverwahrer); das folgt schon aus § 8 IV KAGG. Vor allem aber wird keines der genannten Bankier-Depots dem KAGG gerecht. Denn es wäre wohl Depot B, das eigene und fremde Wertpapiere des Zwischenverwahrers aufnimmt, für welche nur die beschränkte Geltendmachung von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten gemäß § 4 I DepG zulässig ist, in Betracht zu ziehen, § 8 II i. V. m. § 9 II, III KAGG untersagt aber die Pfändung und unmittelbare Haftung des Investmentfonds für Forderungen aus der Anschaffung, Verwahrung und Verwaltung der einzelnen Werte.

Folglich hat die Depotbank das Depotbuch für einen Investmentfonds der Kapitalanlagegesellschaft wie ein Nichtbankier-Kundendepot zu führen, welches mit einem Sperrvermerk im dargelegten Sinne zu versehen ist.

Hinsichtlich der Verwahrung selbst geht das KAGG grundsätzlich davon aus, daß die Depotbank die Wertpapiere des Investmentfonds selbst, d. h. im Hause, verwahrt, es läßt jedoch in beschränktem Rahmen auch Drittverwahrung zu. Dies gilt zunächst für Wertpapiere, die an ausländischen Börsen zugelassen sind oder dort gehandelt werden, sofern die Drittverwahrung bei einer ausländischen Bank erfolgt. (447) Weiter kann die

(444) Zur Trennung von Personen- und Sach-Depot sowie zu ihrer Führung gemäß § 14 DepG vgl. Bank- und Börsen-Lexikon, S. 86 f.

(445) S. o. S. 81. Vgl. auch RGRKomm. HGB § 424 Anh. II Anm. 33.

(446) Abgedruckt bei Trost-Schütz, S. 51 ff.

(447) § 11 III 2 2. H. S. KAGG. Das KAGG will mit dieser Bestimmung offensichtlich den Erwerb ausländischer Effekten nicht unnötig dadurch erschweren, daß es etwa ihre Einlieferung in die deutsche Depotbank verlangt.

Depotbank die bei Wertpapiersammelbanken (448) zugelassenen Wertpapiere bei diesen zur Drittverwahrung hinterlegen. (449) Sonstige Drittverwahrer sind nicht zugelassen.

Was die Eigenverwahrung der Depotbank - darunter zählen Streifbandverwahrung (450) (Haus)-Sammelverwahrung, (451) Tauschverwahrung (452) und unregelmäßige Verwahrung (453) - betrifft, wird im Schrifttum die Meinung vertreten, daß ausschließlich die Streifbandverwahrung zulässig sei. (454) Wahrscheinlich wird dieser Schluß aus dem Ausdruck "gesperrtes Depot" in § 11 III I KAGG sowie aus der Pflicht hergeleitet, das Sondervermögen "getrennt zu halten". (455)

Allein eine solche Folgerung ist keineswegs schlüssig. Denn der Sperrung i. S. d. KAGG ist vollauf Genüge getan, wenn sie beim Personen-Depotbuch angebracht wird, (456) weil nämlich in der heutigen Bankpraxis jedesmal das Personen-Depotbuch geprüft wird, bevor eine Verfügung eines Kunden über sein Depot zur Ausführung kommt. Eine Sperre - i. S. einer Sonderverwahrung - wäre im Sachdepot übrigens wenig wirksam, da bei den deutschen Investmentfonds der ganz überwiegende Teil der Wertpapieranlagen wegen ihrer Vertretbarkeit in Girosammelverwahrung "außer Hauses" hinterlegt ist und somit eine Sonderverwahrung regelmäßig nur unbedeutende Teile der Vermögenswerte eines Investmentfonds betreffen wird. Daß die Sonderverwahrung im KAGG nicht ausdrücklich genannt ist, aber auch vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann, folgt aus der Überlegung, daß die Zubilligung der Drittverwahrung bei inländischen Wertpapiersammelbanken und jedweden Auslandsbanken zur Vereinfachung des Investmentgeschäftes gedacht ist, (457) aber auch, daß die sogenannte getrennte Verwahrung sich dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nach nur auf die Trennung der Investmentfonds untereinander sowie vom Eigenvermögen der Kapitalanlagegesellschaft

(448) Darunter versteht man die sogenannten Kassenvereine an den acht deutschen Börsenplätzen; Mitglieder können am Börsenplatz tätige Kreditinstitute werden. Vgl. § 1 III DepG und Kalveram, S. 101.

(449) § 11 III 2¹ H. S. KAGG. Vgl. a. Tormann-Siara, § 11 Anm. III.

(450) Das Streifbanddepot ist ein Unterfall des sogenannten offenen Depots, nach § 2 DepG wird diese Verwahrungsart "Sonderverwahrung" genannt. Durch die erkennbare, gesonderte Aufbewahrung bleibt der Hinterleger Eigentümer, vgl. Kalveram-Günther, S. 99 f.

(451) Durch die ungetrennte Verwahrung von Wertpapieren gleicher Art entsteht Miteigentum sämtlicher Hinterleger bzw. der Depotbank am Sammeldepot nach Bruchteilen, vgl. Kalveram-Günther, S. 100.

(452) Bei der Tauschverwahrung bleibt der Hinterleger jederzeit Eigentümer der Wertpapiere, wobei jedoch die effektiven Stücke ausgewechselt werden können. Vgl. Kalveram-Günther, S. 101.

(453) Bei dem sogenannten "depositum irregulare" (§ 700 BGB) tritt an die Stelle des untergehenden Eigentumsrechts des Hinterlegers eine schuldrechtliche Forderung auf Herausgabe von Wertpapieren derselben Art. Vgl. § 15 DepG.

(454) Vgl. Gessler, S. 20; Tormann-Siara, § 11 Anm. III, S. 49; Schäcker, S. 122. A. A. wohl Ebner von Eschenbach, S. 124.

(455) § 6 I 3, III 2 KAGG

(456) S. c. S. 24 ff

bezieht; denn nur deren eventuellem Mißbrauch der Verfügungsgewalt über die Investmentfonds wollte das Gesetz vorbeugen. (458) Eine mißbräuchliche Verwendung der in ihrem Besitz befindlichen Fondswerte durch die Depotbank wäre durch Gesetzesbestimmungen über den grundsätzlichen Ausschluß der Drittverwahrung hinaus kaum wirksam zu vermeiden gewesen, sie ist aber auch bei aller dem Gesetzgeber gebotenen Skepsis in der Bankenpraxis kaum zu befürchten, solange das Depotbankgeschäft i. S. d. KAGG nur einen geringen Bruchteil des Geschäftsumfanges der betreffenden Bank ausmacht. (459)

Als Ergebnis muß also festgehalten werden, daß das KAGG für die Depotbank bei der eigenen Aufbewahrung der Wertpapiere eines Investmentfonds - und Entsprechendes gilt für die Beauftragung eines Drittverwahrers - keinerlei Vorschriften trifft außer jenen, daß die Wertpapiere eines Investmentfonds nicht über das Depotkonto eines anderen Investmentfonds oder der Kapitalanlagegesellschaft gebucht werden dürfen.

cc. Die Verwahrung sonstiger Vermögenswerte

Ein Investmentfonds braucht in seiner Zusammensetzung nicht auf Bankguthaben und Wertpapiere beschränkt zu sein. Vorübergehend kann das Anlagekapital auch andere Gegenstände als die zur Anlage zulässigen Wertpapiere enthalten, etwa Ersatzrechte oder Ersatzsachen, worauf § 6 II 3. Alt. KAGG hinweist. Einen erheblichen Teil des Investmentfonds machen auch die mannigfachen obligatorischen Rechte aus, die auf Erwerb und Veräußerung von Anlagewerten gerichtet sind. (461)

Das Gesetz gibt keine Auskunft, wie diese Vermögenswerte zu verwahren sind. Wollte man § 11 VI KAGG so auslegen, daß die Verwahrung erst dann vorgeschrieben ist, wenn aus obligatorischen Rechtsgeschäften für Rechnung der Anleger erfüllt wird, also nur das Erfüllungssubstrat von der Depotbank verwahrt werden soll, so verstieße diese Auslegung gegen den Sinn des Gesetzes. Denn wenn die Depotbank nach § 11 I 1 KAGG mit der Verwahrung des Investmentfonds zum Schutze der Anleger betraut werden soll, kann dies nur die Verwahrung sämtlicher Vermögenswerte des Investmentfonds sein. Die Tatsache, daß das KAGG in einzelnen Absätzen des § 11 KAGG besondere Vorschriften über die Art der Verwahrung nur hinsichtlich der Bankguthaben und Wertpapiere macht, kann nämlich nur so verstanden werden, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der übrigen Vermögenswerte keine besonderen Erwägungen für die Verwahrung

(457) S. o. S. 85 Fußn. 447.

(458) S. richtig Schäcker, S. 122.

(459) In der Praxis des Investmentgeschäftes wurde eine Gefährdung des Fondsvermögens hauptsächlich seitens des - zumeist auch mit geringem Haftungskapital versehenen - Investmentunternehmens befürchtet, nicht aber seitens der Depotbank. Bezeichnenderweise hat der schweizerische Gesetzgeber auch in Art. 5 I AFG die Beteiligung einer Depotbank zum Schutze der Anleger grundsätzlich nicht für erforderlich gehalten. Vgl.:

(460) Vgl. § 6 III KAGG.

(461) Vgl. o. S. 78.

ihrer Aufbewahrung geben wollte, nicht aber, daß er ihre "Verwahrung" selbst aufnehmen wollte.

Mangels gesetzlicher Vorschriften haben Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft also insoweit volle Vertragsfreiheit für die Ausgestaltung des Depotbankvertrages. Allerdings ist mit § 11 VI KAGG die Richtung für das Vorgehen der Vertragspartner vorgegeben. Der Depotbankvertrag muß also für die fraglichen Vermögenswerte eine Behandlung vorsehen, die es der Depotbank ermöglicht, "dafür zu sorgen, daß der Gegenwert in ihre Verwahrung gelangt."

Daher könnte als ausreichend angesehen werden, wenn sich die Depotbank diese Vermögenswerte, die weder Bankguthaben noch Wertpapiere sind, treuhänderisch übertragen bzw. abtreten läßt. Ein Schuldner, der hiervon keine Kenntnis hat, würde allerdings mit einer Leistung an die Kapitalanlagegesellschaft gemäß §§ 406 ff. BGB befreit werden. Zur treuhänderischen Übertragung bzw. Abtretung muß daher etwas hinzukommen oder an ihre Stelle treten, das der Depotbank wie im Fall der Sperrkonten und -depots die Kontrolle der weiteren Abwicklung gestattet. So kann z. B. bei Leistungsansprüchen eine Einziehungsermächtigung an die Depotbank und die Verpflichtung der Kapitalanlagegesellschaft, nicht über das Recht zu verfügen, (462) dem Erfordernis der Verwahrung durch die Depotbank genügen. Aber auch eine Mitteilung der Kapitalanlagegesellschaft an den Schuldner, daß er ausschließlich an die Depotbank zugunsten des Investmentfonds bzw. seines Kontos oder Depots zu leisten habe, dürfte ausreichend sein, sofern die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank hiervon unverzüglich Kenntnis gibt.

Quantitativ werden diese Fälle regelmäßig eine untergeordnete Rolle spielen. Denn die Kapitalanlagegesellschaft wird schon aus wirtschaftlichen Gründen die Depotbank soweit wie möglich mit der vollumfänglichen Durchführung der Geschäfte für Rechnung der Anleger beauftragen. In diesen Fällen erübrigt sich aber eine besondere Behandlung der fraglichen Vermögenswerte, da sie bereits dem Herrschaftsbereich der Depotbank angehören, bevor die Kapitalanlagegesellschaft ihrerseits über sie verfügen kann.

ccc. Der Zeitpunkt der Inverwahrnahme der Vermögenswerte

Sobald Gegenstände Bestandteil des Investmentfonds werden, ist die Depotbank nach § 11 VI KAGG verpflichtet, dafür zu sorgen, daß sie in ihre Verwahrung gelangen, d. h. entweder ihrem eigenen Tresor, zulässigen Drittverwahrern, den Sperrkonten oder -depots sowie gegebenenfalls einer entsprechenden Kontrolle zugeführt werden.

(462) Auch die Annahme einer geschuldeten Leistung rechtsgeschäftlicher Art mit Annahmewillen ist eine Verfügung im Rechtssinne, da durch sie der obligatorische Anspruch erlischt, § 362 BGB. Jedoch ist dies strittig: die h. L. von der realen Leistungsbewirkung lehnt die Qualifizierung als Verfügung ab, während die Rspr. Verfügungscharakter annimmt. Vgl. die Nachweise bei Staudinger, Rdn. 1 vor § 362; Palandt-Danckelmann, § 362 Anm. 1.

Mit dem Zeitpunkt, in welchem ein Gegenstand Teil des Investmentfonds wird, ist also die Verwahrungspflicht der Depotbank hinsichtlich dieses Gegenstandes in Vollzug gesetzt. (463)

Nach § 18 I KAGG hat die Inverwahrnahme der Einzahlungen der Anleger unverzüglich zu geschehen. Die Depotbank ist also i. S. d. §§ 121, 276 I 2 BGB verpflichtet, "ohne schuldhaftes Zögern" entsprechend der verkehrsüblichen Sorgfalt (464) ihrer Verwahrungspflicht nachzukommen. Objektiver Maßstab ist die erforderliche, d. h. ordnungsmäßige Geschäftsgang mögliche Durchführung. Diese Vorschrift des § 18 I KAGG zum unverzüglichen Handeln hat speziell einer Freizeichnung der Depotbank nach Nr. 7 AGB zu wehren. Sie gilt im übrigen auch für die übrigen Fondswerte, die keine Einzahlungen seitens eines Anlegers sind. (465)

Der Depotbankvertrag geht auch insofern über den allgemeinen Bankvertrag hinaus, als der Kreis der Verwahrungsobjekte erweitert ist, aber auch insoweit, als es nicht nur auf das "Anvertrauen" der zu verwahrenden Gegenstände ankommt, sondern sich die Depotbank selbst darum zu kümmern hat, daß sie der Verwahrungspflicht i. S. d. § 18 I KAGG nachkommen kann. (466)

Die Verwaltungspflichten bei der Verwahrung

Die sogenannte materiell-technische Verwaltung des Investmentfonds durch die Depotbank ist zunächst auf die Inverwahrnahme der Fondswerte gerichtet. Zugleich beinhaltet sie auch spezifische Verwaltungspflichten hinsichtlich der Vermögenswerte, die sogenannte Verwaltung i. e. S. Diese Pflicht ist im KAGG nicht genannt, sie wird von ihm vielmehr vorausgesetzt. Denn schon die übliche "Verwahrung" von Wertpapieren nach dem allgemeinen Bankvertrag beinhaltet verwaltungsmäßige Nebenpflichten. (467) Diese Verwaltungspflichten werden in den AGB angeführt und bezeichnen auf den Depotbankvertrag angewandt, folgende Aufgaben:

(463) Das folgt aus der rechtlichen Wertung der Verwahrungspflicht als Gegenstand eines Konsensualvertrages. Vgl. hierzu u. S. 90 ff.

(464) Unverzüglich ist keineswegs gleichzusetzen mit sofort; dennoch dürfen "Verkehrsunsitten" nicht berücksichtigt werden, vgl. BGHZ 8, 141. Nicht zu verwechseln mit dem Zeitpunkt der Inverwahrnahme ist das Problem der Valutierung der Zahlungseingänge für einen Investmentfonds; auch wenn sie im gleichen Arbeitsgang vorgenommen wird, ist sie rechtlich gesehen von der Inverwahrnahme - Verbuchung - unabhängig.

Damit ist die Forderung Schäckers, S. 123, Wertpapiergeschäfte dürften nur Zug um Zug durchgeführt werden, in dieser allgemeinen Form nicht vertretbar.

(465) Im Ergebnis ebenso Schäcker, S. 124.

(466) § 11 VI KAGG ist somit nicht nur programmatischer Natur - so Tormann-Siara, § 11 Anm. IV, S. 42 -, sondern stipuliert eine eigenständige Leistungspflicht.

(467) Vgl. RGZ 109, 30; Soergel-Siebert, § 675 Anm. 12; Consbruch-Moeller § 1 I Nr. 5. Vgl. auch den Wortlaut von § 1 I Nr. 5 KWG, der als ein einheit-

- Trennung der fälligen Zins- und Gewinnanteilscheine sowie Gutschrift des Gegenwertes auf dem dafür vorgesehenen Sperrkonto (468)
- Erhebung neuer Zins- und Gewinnanteilscheinbogen für die zum Investmentfonds gehörenden Wertpapiere (469)
- Einlösung bzw. Verwertung verlosteter und gekündigter Wertpapiere sowie Gutschrift des Gegenwertes auf dem dafür vorgesehenen Sperrkonto (470)
- Benachrichtigung der Kapitalanlagegesellschaft bei Konvertierungen, Bezugsrechten, Aufforderungen zu Einzahlungen, Fusionen, Sanierungen, Zusammenlegungen, Umstellungen und Umtauschangeboten und Tätigwerden auf besondere Weisung des Kunden bzw. mangels einer solchen in seinem Interesse (471)

Diese genannten Nebenpflichten ergeben sich bereits aus den AGB. Die Nebenpflicht des Depotbankvertrages aber nicht nur Sachen, sondern auch Rechte betrifft, kommt noch folgende Nebenpflicht hinzu:

- Benachrichtigung der Kapitalanlagegesellschaft vor Verjährung einer zum Investmentfonds gehörenden Forderung.

Diese zusätzliche Pflicht muß wegen Nr. 11 AGB schriftlich in den Depotbankvertrag aufgenommen werden. Kommt die Kapitalanlagegesellschaft diesem mit § 11 Abs. 1 KAGG aufliegenden Pflichten nicht nach, so ist die Benachrichtigungspflicht für die Depotbank nicht verbindlich; denn die Geltung von Nr. 11 AGB für den Depotbankvertrag ist durch das KAGG nicht eingeschränkt.

e. Die Rechtsnatur der Verwahrungspflicht

Als Zwischenergebnis soll der Teil des Depotbankvertrages, der die Verwahrung des Investmentfonds zum Gegenstand hat, seiner rechtlichen Natur nach beurteilt werden. Freilich muß die rechtliche Qualifizierung des Verhältnisses vornehmlich davon abhängen, daß das Verhältnis der Verwahrungspflicht zu den sonstigen Aufgaben der Depotbank eine modifizierte rechtliche Wertung fordern kann. (472)

Der ganze Komplex der Beauftragung der Depotbank mit der "Verwahrung" des Investmentfonds seitens der Kapitalanlagegesellschaft zeigt, daß es sich nicht um einen reinen Verwahrungsvertrag i. S. d. §§ 688 ff. BGB handeln kann. (473) Andererseits läßt die

liches Bankgeschäft "Die Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren für andere" nennt.

(468) Vgl. Nr. 37 I 1, III, IV AGB.

(469) Vgl. Nr. 37 I 2 AGB.

(470) Vgl. Nr. 37 II, III, IV AGB.

(471) Vgl. Nr. 39 AGB.

(472) Vgl. hierzu Palandt-Danckelmann, § 305 An. 6; Staudinger, Einl. vor § 305 Anm. II 5 b, S. a. o. S. 57.

(473) Die §§ 688 ff. BGB normieren den sogenannten Grundtypus eines Verwahrungsvertrages. Vgl. Esser, § 145, 5.

Für die Verwahrung von Wertpapieren trifft das DepG als lex specialis besondere Bestimmungen.

Tatsache, daß das Gesetz die Verwahrung als ein wesentliches Aufgabengebiet der Depotbank bezeichnet und sie in § 11 KAGG ausführlich regelt, vermuten, daß diese Aufgabe nicht eine unselbständige oder selbständige Nebenpflicht, sondern ein selbständiger Teil der Leistungspflicht der Depotbank aus dem Depotbankvertrag ist.

Daraus ließe sich folgern, daß die Vorschriften der §§ 688 ff. BGB grundsätzlich zur Anwendung kommen können, sie aber dort weichen müssen, wo andere gesetzliche Normen vorgehen, der Inhalt der Verwahrungspflicht eine andere Behandlung erfordert und vor allem, wo der einheitliche Depotbankvertrag eine andere Beurteilung bedingt.

Soweit die §§ 688 ff. BGB anwendbar wären, ist der Depotbankvertrag kein Vorvertrag, wie teilweise im Schrifttum behauptet wird. (474)

Zunächst ist überhaupt die Ansicht mehr und mehr im Vorschreiten, daß der BGB-Verwahrungsvertrag nicht Real-, sondern ein Konsensualvertrag ist. (475) Schon hier- nach ist die Übergabe der jeweils zu verwahrenden Gegenstände nicht Abschluß von Verwahrungsverträgen aufgrund des Vorvertrages, vielmehr bedeutet sie innerhalb des Dauerschuldverhältnisses das Invollzugsetzen des Vertragsverhältnisses, indem die Depotbank nunmehr ihre Leistung erbringen kann. Im Investmentgeschäft ist aber zu berücksichtigen, daß eine Übergabe von Vermögenswerten des Investmentfonds durch die Kapitalanlagegesellschaft (Hinterleger) an die Depotbank (Verwahrer) für den Inhalt des Depotbankvertrages nicht wesentlich ist, daß ein solcher Fall in der Praxis nur recht selten sein wird, insbesondere aber hinsichtlich aller Gegenstände des Investmentfonds, die nicht bewegliche Sachen sind, im Rechtssinne nicht möglich ist. Vor allem aber ist Inhalt des Depotbankvertrages, daß die Leistungspflicht der Depotbank kraft Gesetzes nicht erst mit Übernahme der aufzubewahrenden Gegenstände beginnt, sondern bereits in dem Zeitpunkt, in welchem diese Gegenstände Teil des Investmentfonds werden und die Depotbank also "dafür zu sorgen (hat), daß bei den für gemeinschaftliche Rechnung der Anteilhaber getätigten Geschäften der Gegenwert in ihre Verwahrung gelangt." (§ 11 VI KAGG) Gerade dieser spezifischen Leistungspflicht der Depotbank ist nur gerecht zu werden, wenn man für sie eine einheitliche, die Pflicht der Inverwahrung ~~vollständig~~ umfassende Rechtsgrundlage anerkennt.

Das Verwahrungsverhältnis innerhalb des Depotbankvertrages steht danach auf folgender Rechtsgrundlage:

- Die "Verwahrungspflicht der Depotbank nach § 11 I, VI KAGG" ist eine selbständige Leistungspflicht der Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft innerhalb des Dauerschuldverhältnisses "Depotbankvertrag". Sie wird mit seinem Abschluß begründet und jeweils aktualisiert, wenn ein Gegenstand Bestandteil des Investmentfonds wird.
- Dem Gegenstand nach bezieht sich diese Pflicht auf

(474) Vgl. z.B. Gessler, S. 20; Baum S. 143; Schäcker, S. 68.

(475) Ausführlich dazu Larenz II, § 54, S. 278.

- bewegliche Sachen, die der Depotbank seitens der Kapitalanlagegesellschaft übergeben werden oder an denen sie sonst für den Investmentfonds Besitz erlangt,
- alle übrigen Sachen und Rechte, die zum Investmentfonds gehören (476)
- Dem Zeitpunkt der Fälligkeit - Aktualisierung - nach konkretisiert sich diese Pflicht der Depotbank in dem Augenblick, in welchem ein Gegenstand kraft der Surrogation des § 6 II KAGG in das Fondsvermögen fällt.(477)

Inhaltlich liegt also nicht ein bloßes Verwahrungsverhältnis i. S. d. §§ 688 ff. BGB vor, sondern eine selbständige und einheitliche Aufgabe bei der Durchführung der Fondsverwaltung, nämlich im Interesse des Eigentümers des Investmentfonds bzw. für Rechnung der Anleger die Gegenstände, die kraft der investimentrechtlichen Surrogation zum Investmentfonds gehören, in Besitz zu nehmen, sie zu verwahren oder sonst geeignete Maßnahmen zu treffen, die eine wirksame Kontrolle bezüglich der Verfügungen der Kapitalanlagegesellschaft gestatten.

Rechtlich gesehen kann daher nur eine Geschäftsbesorgungspflicht in Frage kommen, die den vorgenannten Inhalt hat. Dabei sind drei rechtliche Qualifizierungen dieser Depotbankaufgabe möglich: (478)

- Verwahrungsvertrag i. S. d. §§ 688 ff. BGB mit den übrigen Aufgaben als Nebenpflichten
- gemischter Vertrag (479) aus Verwahrungsvertrag i. S. d. §§ 688 ff. BGB und - bezüglich der übrigen Aufgaben - Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. § 675 BGB
- Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. § 675 BGB mit der Verwahrungsaufgabe i. S. d. §§ 688 ff. BGB als Rechtsfolge bzw. Nebenpflicht.

Für welche dieser drei Möglichkeiten sich zu entscheiden ist, richtet sich nach der Bedeutung der einzelnen Aufgaben, etwaigen Anhaltspunkten im KAGG und schließlich auch nach der Vereinbarkeit der Lösung mit den sonstigen Bankgeschäften der Depotbank. (480)

Das KAGG nennt zu Beginn des § 11 KAGG die "Verwahrungs"-Aufgabe der Depotbank und schließt erst im 6. Absatz die Pflicht zur Inverwahrnahme der Vermögenswerte des Investmentfonds an. Daraus kann man aber nicht folgern, daß die quasi-fiduzi-

(476) Die beweglichen Sachen unter diesen Gegenständen fallen unter die vorgenannte Alternative, sobald die Depotbank den Besitz über sie erlangt hat. Vgl. Palandt - Gramm, Einf. vor § 688 Anm. 1.

(477) Die "Verwahrungspflicht" ist also gegebenenfalls bei einem zum Fonds gehörenden Vermögenswert nach § 11 VI KAGG schon eher zu erfüllen, als eine Verwahrung i. S. d. §§ 688 ff. BGB möglich ist.

(478) Vgl. Palandt - Gramm, a. a. O.

(479) Vgl. zum Begriff des gemischten oder Kombinationsvertrages Ennecerus - Lehmann, § 100 II.

(480) Arg. § 11 I 1 KAGG.

arische Aufgabe der Inverwahrnahme eine Nebenpflicht sei. Denn sie begründet eine der wesentlichen Schutzfunktionen der Depotbank im Investmentgeschäft zugunsten der Anleger.

Für eine gleichwertige Kombination der einzelnen Aufgaben in einem gemischten Vertrag (481) spricht, daß dann die Verwahrungsaufgabe in einzelnen Komponenten den sonstigen Bankgeschäften entspricht. So setzte sich dann diese Pflicht der Depotbank zusammen aus einer Pflicht zur Verwahrung der Wertpapiere nach § 688 BGB und dem DepG, zur (uneigentlichen) Verwahrung der Bankguthaben nach § 700 BGB, (482), eventuell auch nach § 607 BGB, wenn der Fonds Sparguthaben enthält, (483) aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675, 611 BGB hinsichtlich der Inverwahrnahmepflicht des § 11 VI KAGG und den sog. Verwaltungspflichten bei der Verwahrung (484) als Nebenpflichten; aber auch die Maßnahmen bezüglich der im rechtstechnischen Sinn nicht verwahrungsfähigen Ansprüche, die zum Investmentfonds gehören, müssten dann auf einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675, 611 BGB innerhalb des gemischten Vertrages gestützt werden.

Dann ist aber die dritte Alternative der geeignete Lösungsvorschlag. Denn wenn man die in § 11 KAGG einheitlich gesehene Pflicht der Depotbank zur Verwahrung des Sondervermögens (§ 11 I 1 KAGG), die um die Pflicht zur Inverwahrnahme in § 11 VI KAGG noch präzisiert ist, rechtlich gleichfalls einheitlich als eine selbständige Leistungspflicht innerhalb des Depotbankvertrages nach §§ 675, 611 BGB qualifizieren kann, wird man auch aus dogmatischen Gründen dieser Möglichkeit den Vorzug geben müssen. (485)

Damit liegt hinsichtlich der Verwahrungspflicht der Depotbank aus dem Depotbankvertrag eine einheitliche Geschäftsbesorgungspflicht nach § 675, 611 BGB vor. Sie setzt einheitlich ein, sobald ein Gegenstand kraft der Surrogationsnorm des § 6 II KAGG Bestandteil des Investmentfonds wird. Verwahrungsverträge - eigentliche Verwahrungsverträge nach § 688 BGB und uneigentliche nach § 700 BGB - sind daneben nicht mehr zulässig; die entsprechenden Aufgaben der Depotbank werden von der einheitlichen

(481) Für einen gemischten Vertrag tritt die h. M. ein. Vgl. Tormann-Siara, § 11 Anm. VI, S. 50; Baum, S. 143; Schäcker, S. 48 f.; wohl auch Ebner von Eschenbach, S. 123, 129.

(482) Vgl. Ennecerus-Lehmann, § 171, 2. Eine Kontokorrentabrede i. S. d. §§ 355 ff. HGB ist unzulässig, weil sie dem Aufrechnungsverbot des § 8 III KAGG entgegensteht. Vgl. Ebner von Eschenbach, S. 129.

(483) Vgl. zur Rechtsnatur der Spareinlagen RG 73, 221; Palandt - Gramm, Einf. vor § 607 Anm. 1 b.

(484) S. dazu 89 f.

(485) Ähnlich liegt es beim Girovertrag einer Bank mit ihrem Kunden. Der Girovertrag beinhaltet neben der Pflicht zur (uneigentlichen) Verwahrung des für den Kunden eingehenden Geldes nach § 700 BGB auch die Pflicht zur Durchführung des Zahlungsverkehrs, wozu namentlich die "Inverwahrnahme" selbst der Gelder nach §§ 675, 667 BGB zählt. Hier wird nach ganz h. M. ein einheitliches

Geschäftsbesorgungspflicht nach §§ 675, 611 BGB mitumfaßt. (486) Jedoch können die §§ 688 ff. (700) BGB, 607 ff. BGB und das DepG ergänzend herangezogen werden. (487)

3. Die Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen

Zweite wesentliche Aufgabe der Depotbank bei der Durchführung des Investmentgeschäftes ist die Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen; sie ist der Depotbank gemäß § 11 I 1 KAGG mit dem Depotbankvertrag zu übertragen. Für die Ausgestaltung dieser Pflicht gibt das KAGG nähere Anweisung.

a. Die Ausgabe von Anteilscheinen

Nach § 11 III 3 i. V. m. § 18 I 1 KAGG dürfen Anteilscheine nur von der Depotbank und nur gegen Entrichtung des vollen Ausgabepreises ausgegeben werden. Diese Vorschrift besagt insofern nichts Neues, als die Depotbank schon nach den Vorschriften des allgemeinen Bankvertrages zur Entgegennahme der Einzahlung der Anleger verpflichtet wäre. (488) Da aber nur die Zahlung des vollen Ausgabepreises eine "Einzahlung" ist, darf die Depotbank andere Zahlungsweisen, etwa in Raten, nicht annehmen. Weiter sind als Zahlungsmodalitäten nur Bareinzahlungen oder Formen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs zulässig. (489) Schließlich bedeutet diese Gesetzesbestimmung, daß die Depotbank Anteilscheine nicht eher aus ihrem Gewahrsam in den

Geschäftsbesorgungsverhältnis nach §§ 675, 611 BGB angenommen. Vgl. Meyer-Cording, S. 10; Schlegelberger-Hefermehl, § 365 Anh. Anm. 11 f. BGH in NJW 1954.

(486) Vgl. Palandt-Gramm, Einf. vor § 688 Anm. 2.

(487) Das gilt insbesondere für diejenigen Vermögenswerte, die auf einem Sperrkonto des Investmentfonds verbucht sind oder ins Spende depot der Depotbank gekommen sind. Damit besteht die Gleichbehandlung der Kapitalanlagegesellschaft mit den sonstigen Bankkunden, was den Erfordernissen der Bankpraxis entgegenkommt.

(488) S. o. S. 72 ff.

(489) Freilich verbietet diese Bestimmung nicht, Sach- oder Dienstleistungen sowie sonstige Vermögenswerte für den Erwerb von Anteilscheinen mittelbar heranziehen, wenn sie von der Kapitalanlagegesellschaft und der Depotbank bewertet werden und der entsprechende Gegenwert in zulässiger Art bei der Depotbank entrichtet wird.

Besitz eines Anlegers geben darf, als dieser nicht den Ausgabepreis entrichtet hat, d. h. die Depotbank nicht Eigentum bzw. Gläubigerstellung an der "Einzahlung" (490) erlangt hat. (491)

Das KAGG schreibt nicht vor, in welcher Funktion die Depotbank die Einzahlungen der Anleger entgegenzunehmen hat. Die Depotbank könnte die Ausgabebeträge für die Anteilscheine als Dritter i. S. d. § 362 BGB, als Vertreter i. S. d. § 164 BGB oder als Bote der Kapitalanlagegesellschaft in Empfang nehmen. Diese Frage ist auch ohne rechtliche Tragweite, da im gleichen Augenblick, in dem die Kapitalanlagegesellschaft Gläubiger einer entsprechenden Forderung gegen die Depotbank nach §§ 675, 667 BGB wird, (492) diese Forderung kraft § 6 II KAGG Bestandteil des Investmentfonds wird. (493)

b. Die Rücknahme von Anteilscheinen

Die Depotbank ist im Depotbankvertrag nach §§ 11 I 1; 10 II; 14 III g KAGG gleichfalls mit der "Rücknahme von Anteilscheinen... zu beauftragen" (§ 11 I 1 KAGG); sie hat dabei "aus den gesperrten Konten... auf Weisung der Kapitalanlagegesellschaft... die Zahlung des Rückkaufpreises bei der Rücknahme von Anteilen... an die Anteilinhaber" (§ 11 IV KAGG) zu leisten, welche ihrerseits verlangen können, "dass (ihnen) gegen Rückgabe des Anteilscheins (ihr) Anteil an dem Sondervermögen aus diesem ausgezahlt wird." (§ 10 II KAGG).

aa. Die Beauftragung der Depotbank mit der Rücknahme

Die Einzahlungen in den Investmentfonds der Kapitalanlagegesellschaft gegenüber den Anlegern, die die Depotbank vornimmt, sind als Teilungsgewinn des Rückkaufpreises

(490) Auch hier kann die Frage der rechtlichen Zuständigkeit vernachlässigt werden. Vgl. auch Pannwitz, S. 56 f.

(491) In der gleichen logischen Sekunde, in welcher die Depotbank Eigentum bzw. Inhaberschaft an den Einzahlungen erwirbt, gehen diese kraft § 6 II KAGG auf den jeweiligen Rechtsträger des Investmentfonds über. Vgl. o. S. 72 ff.

(492) S. dazu o. S. 73.

(493) Interessant sind hierzu indes die Ausführungen v. Pannwitzens, S. 57, der für den Fall der Treuhandlösung und bei Barzahlung vor dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbes durch die Depotbank eine Phase setzt, in der die Kapitalanlagegesellschaft vorübergehend Eigentum am eingezahlten Geld erlangt, nämlich wenn die Depotbank bei der Empfangnahme des Geldes als Vertreter oder Bote der Kapitalanlagegesellschaft auftritt. Pannwitz besteht Übereinstimmung mit der hier vertretenen These vom Zeitpunkt des Überganges der Einzahlung in den Investmentfonds. S. o. S. 72 ff.

werden von der Kapitalanlagegesellschaft in den Vertragsbedingungen festgelegt. Infolge der Aufnahme der Vertragsbedingungen in den Depotbankvertrag (494) werden diese Modalitäten auch für die Depotbank verbindlich.

Wenn der Gesetzestext von "Weisung" der Kapitalanlagegesellschaft spricht, sind darunter selbstverständlich einzelne Weisungen zu verstehen, die sie der Depotbank jeweils geben kann, wenn die Vertragsbedingungen einen gewissen Spielraum für die Rücknahme überlassen und die Kapitalanlagegesellschaft dann davon Gebrauch macht. Man wird aber davon ausgehen können, daß die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank bereits im Depotbankvertrag die generelle Weisung bezüglich der Durchführung der Rücknahme gibt, wobei sie sich lediglich ein besonderes Weisungsrecht vorbehalten wird. Das heißt für die Depotbank, daß sie jeweils die Rücknahme durchführen muß, wenn sie ein Anleger verlangt und die gesetzlichen bzw. die vertraglichen Voraussetzungen vorliegen.

bb. Der Tatbestand der Rücknahme

Die Rückgabe des Anteilscheines an die Depotbank ist Pflicht des Anlegers gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft, wenn er aus seinem Investmentvertrag den Auszahlungsanspruch geltend machen will. Die Rückgabe ist frühestens mit der Kündigung des Investmentvertrages möglich, (495) spätestens jedoch mit der Auszahlung des Gegenwertes seitens der Depotbank. (496)

Die Anteilscheine können am Schalter zurückgegeben werden. Da die meisten Anteilscheine wegen ihrer Girosammelfähigkeit aber wohl überwiegend in Wertpapiersammeloder in sonstigen Bankdepots aufbewahrt werden, ist in diesen Fällen die Rückgabe gleichbedeutend mit der Weisung des Anlegers an seine Bank, den für ihn verwahrten Anteilschein an die Kapitalanlagegesellschaft unter Besitzeinräumung für die Depotbank zu übertragen.

(494) Vgl. o. S. 56 f.

(495) Die Rückgabe eines Anteilscheines zwecks Geltendmachung des Anspruches nach § 10 II KAGG geht zumeist mit der Kündigung des betreffenden Investmentvertrages einher. Regelmäßig wird die Kündigung stillschweigend mit dem Realakt der Rückgabe erklärt. Es handelt sich dabei aber um zwei verschiedene Willenserklärungen: zunächst wird der Investmentvertrag gekündigt, alsdann wird der Auszahlungsanspruch geltend gemacht. Unklar Schäcker, S. 62. Wie hier Ebner von Eschenbach, S. 108 f. Vgl. zur Kündigung Palandt-Danckelmann. Vorbem. vor § 346 Anm. 3 a, Ennecerus-Lehmann, § 24 II 1.

(496) Diese Frist kann Bedeutung gewinnen, wenn die Auszahlung nicht Zug um Zug gegen die Rückgabe des Anteilscheines erfolgt.

cc. Die Wirkung der Rückgabe

Sobald der Anleger mit der Rückgabe das Eigentum seines Anteilscheins an die Kapitalanlagegesellschaft und den Besitz an die Depotbank übertragen hat, greift die Surrogationsnorm des § 6 II KAGG ein. (497) Damit fällt der Anteilschein in den Investmentfonds und ist wie die übrigen nicht im Umlauf befindlichen Anteilscheine von der Depotbank nach § 11 I 1 KAGG zu verwahren. (498)

Mit Übergang des Anteilscheins in den Investmentfonds (499) erlöschen die Beteiligungsrechte des Anlegers am Investmentfonds gegen die Kapitalanlagegesellschaft (500); dem Anleger verbleibt der schuldrechtliche Anspruch gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft, von der Depotbank die Auszahlung des Gegenwertes zu erhalten. (501)

Die Depotbank hat ihrer Auszahlungspflicht aus dem Depotbankvertrag mit der Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 11 IV KAGG nachzukommen. Dabei hat sie dem ausscheidenden Anleger unverzüglich den vertragsgemäßen Rücknahmepreis aus dem vorgesehenen Sperrkonto des Investmentfonds bar auszuzahlen oder zu überweisen, sofern sie dazu im Depotbankvertrag die generelle Weisung erhalten hat. Ansonsten hat sie die Weisung der Kapitalanlagegesellschaft einzuholen. Insbesondere hat sie die Kapitalanlagegesellschaft zu benachrichtigen, wenn der Guthabenstand des Investmentfonds nicht mehr zur Auszahlung der zurückgenommenen Anteilscheine ausreicht. (502) Macht die Kapitalanlagegesellschaft indes nicht gemäß § 10 KAGG und den Vertrags-

(497) Vgl. Schäcker, S. 121. A. A. Ebner von Eschenbach, S. 109; Baum, S. 152, die § 6 II KAGG durch § 17 III 1, 3 KAGG für ausgeschlossen halten. Die ratio legis gibt dazu aber keinen Anhaltspunkt.

(498) Vgl. dazu o. S. 84 ff.

(499) Rechtlich gesehen ist der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges auf die Anlegergemeinschaft (Miteigentumslösung) bzw. auf die Kapitalanlagegesellschaft (Treuhandlösung) nach § 6 II KAGG der hier beachtliche Augenblick; der Übergang des Besitzes allein genügt nicht.

(500) Folgerichtig bleiben die zurückgenommenen Anteilscheine bei der Berechnung des Wertes des Fondsvermögens nach § 18 II 2 KAGG ausser Betracht. Vgl. dazu Tormann-Siara, § 18 Anm. II, S. 46 f.; Schuler, S. 1051. A. A. Ebner von Eschenbach, S. 108 f., der die in Anteilscheinen verbriefenen Rechte erst dann erloschen wissen will, wenn die Kapitalanlagegesellschaft den Gegenwert durch die Depotbank hat auszahlen lassen, und folglich mit Rücksicht auf § 18 II 2 KAGG die Anteilscheine erst nach Auszahlung Bestandteil des Investmentfonds werden läßt.

(501) Dieser schuldrechtliche Anspruch des Anlegers beinhaltet u. U. auch Schadensersatzansprüche gegen die Kapitalanlagegesellschaft und nicht nur den Anteilwert abzüglich der Rücknahmespesen.

(502) Vgl. zur Auskunftspflicht der Depotbank u. S. 118 ff.

bedingungen von ihrem Weisungsrecht der Depotbank gegenüber Gebrauch, so ist diese nach § 11 VIII 1 Nr. 1 KAGG den Anlegern gegenüber zur Geltendmachung der Auszahlungsansprüche verpflichtet. (503)

dd. Die Art der Auszahlung

Das Gesetz untersagt in § 10 I KAGG die Ablösung des ausscheidenden Anlegers durch Aufhebung der Gemeinschaft und Teilung in Natur gemäß §§ 749 II, 752 BGB, weil dies dem Syse

dies dem System des Investmentwesens zuwiderliefe. Aber auch der Anspruch auf Herausgabe des aus der Vermögensverwaltung Erlangten nach §§ 675, 667 BGB ist dem Anleger abgeschnitten. (504) Der Gesetzgeber billigt dem Anleger statt dessen den Anspruch zu, daß ihm "sein Anteil an dem Sondervermögen aus diesem ausgezahlt wird." (§ 10 I KAGG)

Die Depotbank darf daher grundsätzlich nur Weisungen auf Auszahlung in bar bzw. in Geldsurrogaten ausführen. Jedoch ist auch denkbar, daß die Kapitalanlagegesellschaft durch Übertragung effektiver Stücke oder Sammeldepotanteile aus dem Fondsvermögen ihrer Rückzahlungspflicht nachkommt. (505) Es kann sich dann aber nur um eine Leistung an Erfüllung Statt i. S. d. § 364 I BGB handeln. (506) Der Anleger muß also damit einverstanden sein, daß diese Art der Auszahlung als die geschuldete gelten soll. (507)

Die Depotbank hat daher aufgrund ihrer Verwahrungspflicht nach § 11 I 1 KAGG im Falle einer Auszahlung eines Anlegers durch die Übertragung von anderen Fondswerten als Guthabenforderungen bzw. Geld sorgfältig zu prüfen, ob die Kapitalanlagegesellschaft sich im Rahmen ihrer Verfügungsberechtigung hält. Kraft ihres Kontrollrechtes (508) hat sie dazu die nötigen Kompetenzen. Sie muß gegebenenfalls dann die Übertragung von Wertpapieren verweigern. (509)

(503) Vgl. zum Kontrollrecht der Depotbank u. S. 137 ff.

(504) Arg. § 10 II KAGG. Vgl. Tormann-Siara, § 10 Anm. II, S. 45; Gessler, S. 23; Schäcker, S. 119; Ebner von Eschenbach, S. 109.

(505) Nach § 9 I 1 KAGG hat die Kapitalanlagegesellschaft aber nur dann das Recht, die Übertragung von Wertpapieren des Fondsvermögens anzubieten, wenn dies im Interesse der übrigen Anleger ist, diese also nicht ungünstiger zu stehen kommen, als wenn die Kapitalanlagegesellschaft den betreffenden Anleger durch die Depotbank in Geld auszahlen läßt. Die zur Übertragung ausersehenen Fondswerte sind gemäß § 11 V KAGG zum Tageskurswert - maßgebend ist der Tag der Auszahlung - anzusetzen; der Differenzbetrag zwischen Tageskurswert und Rückzahlungsbetrag ist freilich in Geld zu begleichen.

(506) Gl. A. Ebner von Eschenbach, S. 109

(507) Vgl. Palandt - Danckelmann, § 364 Anm. 1.

(508) S. u. S. 137 ff.

(509) S. zum Umfang des Kontrollrechtes der Depotbank u. S. 138 ff.

c. Eigenerwerb statt Rücknahme

In diesem Zusammenhang ist noch auf die Frage einzugehen, ob die Depotbank für eigene Rechnung oder im Auftrag der Kapitalanlagegesellschaft für deren Rechnung zurückgezeichnete Anteilscheine erwerben kann.

aa. Eigenerwerb der Kapitalanlagegesellschaft

In der Literatur ist zum Teil vertreten worden, daß die Kapitalanlagegesellschaft für eigene Rechnung keine Anteilscheine erwerben darf. Dabei hat man sich auf den historischen Willen des Gesetzgebers berufen, der nur dem vielzitierten "kleinen Mann" die besondere "Sparform" des Investmentgeschäftes eröffnen wollte. (510) Diese These findet im Gesetz aber keine Bestätigung. (511)

Auch wird § 181 BGB als Begründung für das Verbot des Eigenerwerbes von Anteilscheinen genannt. (512) Der Investmentvertrag der Anleger enthält indes eine stillschweigende Gestattung des Selbstkontrahierens der Kapitalanlagegesellschaft. Denn da das KAGG das dem Investmentgeschäft inherente "open end"-Prinzip übernommen hat und dies in den Vertragsbedingungen der deutschen Investmentfonds auch ausdrücklich hervorgehoben wird, hat die Kapitalanlagegesellschaft den Investmentfonds für jeden Anlagewilligen offen zu halten. Dabei kennt das Investmentgeschäft seit jeher keine Beschränkung auf eine bestimmte Kategorie von Anlegern, aus der man den Ausschluß von Kapitalanlagegesellschaften entnehmen könnte. So hat auch das schweizerische Anlagefondsgesetz den Fondsleitungen den Erwerb von Anteilscheinen nicht untersagt, die sie selbst ausgegeben haben. (513)

Zwar hat das KAGG verschiedentlich den weiten Bereich wirtschaftlicher Gestaltungsmöglichkeiten des Investmentgeschäftes eingeschränkt, wie z. B. im Anlagekatalog: so ist gemäß § 11 VI KAGG der Erwerb anderer Investmentanteile für Investmentfonds untersagt. (514) Diese Bestimmung zeigt aber e contrario, dass der Gesetzgeber eine gleiche Vorschrift an anderer Stelle hinsichtlich der Kapitalanlagegesellschaft gesetzt hätte, wenn er für sie die Möglichkeit ausschließen wollte, am Erfolg ihrer Verwaltungstätigkeit für den Investmentfonds zu partizipieren.

Damit steht fest, daß eine Kapitalanlagegesellschaft grundsätzlich Investmentanteile

(510) Gericke, in DB 1959, 1278.

(511) Art. 4 II AFG. S. dazu u. S. 210

(512) So Gericke in DB 1959, 1278; Schäcker, S. 120.

(513) Die im Jahre 1968 gegründeten Investmentfonds für sogenannte institutionelle Anleger wären nach dieser Ansicht unzulässig, bzw. zumindest nicht dem KAGG unterworfen. Auch stünden verfassungsrechtliche Bedenken aus § 12 GG entgegen.

(514) S. o. S. 71 f.

erwerben darf. (515) Eine Schranke setzt allerdings § 1 I KAGG. Danach wird der Eigenerwerb von Investmentanteilen durch eine Kapitalanlagegesellschaft unzulässig, wenn er für die Geschäftstätigkeit der Kapitalanlagegesellschaft eine solche Bedeutung gewinnt, daß man ihren Geschäftsbereich nicht mehr als auf die Anlage von Kapital für Rechnung der Anleger gerichtet bezeichnen kann.

bb. Erwerb durch die Depotbank

Wenn die Depotbank zurückgereichte Anteilscheine für eigene Rechnung erwirbt, ist sie wie jeder andere Anleger zu betrachten, und Bedenken der bezüglich der Kapitalanlagegesellschaft genannten Art bestehen nicht; sie darf unbegrenzt Anteilscheine kaufen und verkaufen. Sollte hingegen die Depotbank hauptsächlich deshalb große Umsätze in von ihr verwalteten Investmentfonds-Anteilen für eigene Rechnung tätigen, um dadurch in den Genuß höherer Vergütungen aus dem Depotbankvertrag zu kommen, (516) so würde sie sich den Anlegern gegenüber schadensersatzpflichtig machen. (517) Dienen Eigengeschäfte der Depotbank dem Zweck der Kurspflege, nämlich durch einen gewissen Eigenbestand die Schwankungen des Anlegerverhaltens zu kompensieren und damit nur gelegentlich "Spitzen" als eigentliche Ausgaben bzw. Rücknahmen von Anteilscheinen an die Kapitalanlagegesellschaft gelangen zu lassen, wird dagegen nichts einzuwenden sein. Zwar ist der Depotbank im Effektenkommissionsgeschäft nach Nr. 29 I 2 AGB 1968 nunmehr das Kompensieren außerhalb der Börse untersagt. Diese Regelung ist aber wegen der anderen Interessenlage auf das Investmentwesen nicht anwendbar. Denn hier ist das Anlageinteresse auf eine durch Kompensation der Depotbank zu fördernde Konstanz der Entwicklung des Fondsvermögens gerichtet. (518)

Die Depotbank kann aber auch Anteilscheine im eigenen Namen, aber für Rechnung der Kapitalanlagegesellschaft erwerben. Hier muß das für die Geschäfte der Kapitalanlagegesellschaft im eigenen Namen Gesagte ergänzend herangezogen werden. Die Einschaltung der Depotbank und ihr Einfluß auf das Verhältnis von Eigengeschäften der Kapitalanlagegesellschaft zu solchen für den Investmentfonds kann aber nur durch die Aufsichtsbehörde überprüft und beurteilt werden. (519)

(515) Gl. A. Schaefer, S. 120 f., soweit es sich um einen vorübergehenden Erwerb handelt. Für uneingeschränkten Erwerb tritt v. Caemmerer ein in JZ, S. 48. Vgl. auch Gessler, S. 26; Reuter, S. 136.

(516) Hierher zählt auch der Fall, daß die Depotbank die von ihr abhängige Kapitalanlagegesellschaft zum Zweck der Vergütungserzielung Eigenkäufe und -verkäufe in eigenen Fondsanteilen tätigen läßt. Ein solches Verhalten wird aber die Aufsichtsbehörde hinreichend unter Kontrolle halten können. S. dazu u. S. 314 ff.

(517) Vgl. dazu u. S. 146 ff.

(518) Zu Nr. 29 AGB s. u. S. 105.

(519) Vgl. dazu u. S. 314 ff.

Als Ergebnis läßt sich damit feststellen, daß sowohl Kapitalanlagegesellschaft wie Depotbank grundsätzlich, aber innerhalb gewisser Schranken, Anteilscheine ihrer **Investmentfonds** erwerben können. (520)

Nunmehr ist auf die Ausgangsfrage zurückzukommen, die den Ersatz der Rücknahme von Anteilscheinen durch deren Erwerb seitens der Kapitalanlagegesellschaft oder der Depotbank für deren Rechnung betraf.

Wenn ein Anleger ausdrücklich im Sinne einer Kündigung des Investmentvertrages nach § 10 II KAGG seinen **Anteilschein** an die Depotbank zurückreicht, tritt die Rechtsfolge dieses einseitigen Rechtsgeschäftes mit Zugang der Willenserklärung des Anlegers bei der Kapitalanlagegesellschaft ein, und zwar unabhängig vom Willen der Fondsverwalter. Ist durch die Kündigung aber der Beendigungstatbestand des Dauerschuldverhältnisses zwischen Anleger und Kapitalanlagegesellschaft unwiderruflich gesetzt, kann eine eventuelle Änderung in einen Kaufvertrag nicht mehr in Frage kommen. (521) Hiernach dürfte ein Erwerb zurückgegebener Anteilscheine durch die

(520) Enger jedoch Schäcker, S. 120 f.

(521) Schäcker, S. 119, vertritt die Ansicht, die Kapitalanlagegesellschaft habe kraft Gesetzes die Wahl, zurückgegebene Anteilscheine i. S. d. § 10 II KAGG zurückzunehmen oder sie "vorläufig zu eigenem Recht zu übernehmen", und stützt sich dabei auf § 16 KAGG, wonach die Kapitalanlagegesellschaft ihre Liquiditätsreserve zu diesem Zweck halten sollte. Der Gesetzgeber - BT-Drucksache II / Nr. 3235 S. 4 - hat die Einführung des § 16 KAGG aber folgendermaßen begründet: "Mit Rücksicht auf § 9 Abs. 2, § 13 Abs. 3 Buchst. g (heutige §§ 10 II, 14 III g KAGG) erscheint es geboten, der Kapitalanlagegesellschaft wenigstens eine gewisse Liquiditätsreserve zweiten Grades vorzuschreiben." Danach kann die Bedeutung des § 16 allein darin gesehen werden, daß die Kapitalanlagegesellschaft, die nur im eigenen Namen handeln darf und daher gemäß § 9 II KAGG ausschließlich selbst für die Verbindlichkeiten aus Anlagegeschäften haftet, aufgrunddieser Liquiditätsvorschriften in der Lage sein soll, ihren jeweiligen Zahlungsverpflichtungen aus dem Investmentgeschäft nachzukommen. Da sich die Kapitalanlagegesellschaft jedoch gemäß §§ 9 III, 11 VII KAGG bei der Depotbank aus einem Sperrkonto erholen kann, ist die tatsächliche Inanspruchnahme dieser Reserve bei den Anlagegeschäften i. e. S. praktisch niemals zu erwarten.

Andererseits kann es sich bei § 16 KAGG nur um eine Schutzvorschrift zugunsten der Anleger handeln, es sei denn, man solle dem Gesetzgeber unterstellen, er habe mit dem Liquiditätsgebot eine prohibitive Zulassungsschranke für Kapitalanlagegesellschaften setzen wollen. Dann läßt sich daraus aber nur folgern, daß die **Kapitalanlagegesellschaft**, die auch die Investmentverträge im eigenen Namen schließt, bei Kündigung dieser Verträge und Rückgabe der Anteilscheine seitens der Anleger ausschließlich selbst für den Gegenwert haftet. Dies freilich ungeachtet des rechtlich gesehen nachfolgenden Rechts der **Kapitalanlagegesellschaft**, auf Ersatz ihrer Aufwendungen aus dem

Fondsverwalter für eigene Rechnung nicht zulässig sein. Andererseits wird es dem Anleger regelmäßig nicht darum gehen, was rechtlich geschieht, wenn er sich von seinen Anteilen am Investmentfonds zu trennen beabsichtigt, es sei denn, daß er sich die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Kapitalanlagegesellschaft vorbehalten will. Demgemäß kann die Depotbank dem Anleger, der seine Kapitalanlage liquidieren will, einen Antrag auf Ankauf statt Rücknahme i. S. d. § 10 KAGG oder auch beides im Eventualverhältnis unterbreiten. Da ankaufende Banken gewöhnlich keinen günstigeren Ankaufris anbieter als den Rücknahmepreis, (522) ist hiermit dem wirtschaftlichen Zweck des Anlegers auch regelmäßig Rechnung getragen. Damit können die Fondsverwalter für eigene Rechnung angebotene Anteilscheine erwerben, sofern der Anleger nicht auf einer Kündigung des Investmentvertrages besteht.

d. Die Rechtsnatur der Ausgabe- und Rücknahmepflicht

Die Pflicht der Depotbank zur Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen ist eine weitere, selbständige Leistungspflicht des Depotbankvertrages. Dementsprechend wird sie auch in § 11 I 1 KAGG gleichwertig neben der sogenannten Verwahrungspflicht genannt.

Unter Vorbehalt der endgültigen Qualifizierung des Depotbankvertrages handelt es sich bei dieser Pflicht ebenfalls um eine Geschäftsbesorgung i. S. d. §§ 611, 675 BGB.

Investmentfonds, was gegebenenfalls aber erst nach langwierigen Veräußerungen von Anlagewerten durchführbar ist.

Weil die Liquiditätsreserve nach dem Gesetzeszweck ausschließlich die jederzeitige Rücknahme von Anteilscheinen erleichtern soll, ist damit § 16 KAGG für den hier infrage stehenden Eigenerwerb der Kapitalanlagegesellschaft nicht verwertbar.

- (522) Ebner von Eschenbach, S. 112 Fussn. 3, geht davon aus, daß sich die Rechtsform der Entäußerung eines Anlegers von seinem Anteilschein aus der Berechnung der Börsenumsatzsteuer ergebe; nach § 22 Ziff. 6 des Kapitalverkehrssteuergesetzes ist die Rücknahme von Anteilscheinen nämlich von der Börsenumsatzsteuer - 2 ‰ - ausgenommen. Da es sich beim Eigenerwerb von Anteilscheinen durch die Depotbank oder die Kapitalanlagegesellschaft aber um einen Kauf i. S. d. §§ 433 ff. BGB handelt, braucht dem Anleger in diesem Falle keine detaillierte Abrechnung gestellt zu werden. Vgl. Nr. 14 II 2 AGB. Damit ist das Kriterium der Umsatzsteuer für die praktische Unterscheidung von Rücknahme und Eigenerwerb nicht geeignet.

4. Die Abwicklung der Anlagegeschäfte

Das KAGG schreibt in § 11 zum Schutze der Anleger weiter vor, daß die Kapitalanlagegesellschaft die Depotbank an der Durchführung der Anlagegeschäfte zu beteiligen hat.

a. Gesetzliche Mindestanforderungen

Der Gesetzgeber hat es für ausreichend gehalten, Mindestanforderungen für die Zwischenschaltung der Depotbank aufzustellen; im übrigen kann der Depotbankvertrag weitere Regelungen treffen. Kraft Gesetzes hat die Depotbank bei der Abwicklung von Anlagegeschäften folgende Aufgaben:

- Zahlung des Kaufpreises aus einem Sperrkonto des Investmentfonds auf Weisung der Kapitalanlagegesellschaft beim Kauf von Anlagewerten (523)
- Inverwahrnahme gekaufter Anlagewerte für ein Sperrdepot des Investmentfonds (524)
- Lieferung der Anlagewerte aus einem Sperrdepot des Investmentfonds auf Weisung der Kapitalanlagegesellschaft beim Verkauf von Anlagewerten (525)
- Empfangnahme des Verkaufserlöses für ein Sperrkonto des Investmentfonds (526)

Mittelbar gehören auch noch folgende Aufgaben hierher:

- Empfangnahme der Erträge aus zum Investmentfonds gehörenden Anlagewerten (527)
- Leistung der Nachzahlungen bzw. Zubeußen auf nicht voll eingezahlte

(523) § 11 IV 1. Fall KAGG. Schäcker, S. 123, stellt das zusätzliche Erfordernis auf, daß die Depotbank diese Zahlungen nur an den Dritten, aber nicht an die Kapitalanlagegesellschaft zu leisten hat. Ein solches Verbot ist aber aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Auch erscheint es zum Schutz der Substanz des Fonds nicht erforderlich. Die Gefahr einer Veruntreuung der Fondsmittel besteht so lange, wie die Depotbank nicht von der bevorstehenden Lieferung der erworbenen Anlagewerte Kenntnis hat. Wegen der Kurskontrollpflicht des § 11 V KAGG wird sie aber ohnehin nicht vorher der Weisung auf Zahlung des Kaufpreises nachkommen. Dann ist aber unerheblich, an wen der Kaufpreis - zunächst - gezahlt wird.

(524) § 11 III 1 i. V. m. § 11 VI KAGG.

(525) § 11 IV 2. Fall KAGG.

(526) § 11 III 4 1. Fall KAGG mit § 11 VI KAGG.

(527) § 11 III 4 2. Fall KAGG.

- Aktien bzw. Kuxe auf Weisung der **Kapitalanlagegesellschaft** (528)
- Empfangnahme der zurückerstatteten Kapitalertragsteuer (529)

§ 11 V KAGG bestimmt weiter, daß die Depotbank der jeweiligen Weisung der Kapitalanlagegesellschaft nur nachkommen darf, wenn der Kaufpreis beim Erwerb von Anlagewerten nicht höher, beim Verkauf nicht niedriger als der entsprechende Tageskurs ist. (530)

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Beteiligung der Depotbank bei der Abwicklung der Anlagegeschäfte gehen aber nicht soweit, daß die Kapitalanlagegesellschaft ihre Anlagepositionen vollumfänglich über die Depotbank abzuwickeln hat. Denn Sinn der gesetzlichen Mindestanforderungen ist lediglich, die Depotbank einzuschalten, wo ein unmittelbarer Substanzverlust des Investmentfonds zu befürchten ist; da die Kapitalanlagegesellschaft im eigenen Namen die Verpflichtungsgeschäfte abzuschließen hat und demgemäß auch nur selbst haftet, kann sie die Anlagegeschäfte ohne Bemühung der Depotbank abwickeln, soweit es sich nicht um die Zahlung des Kaufpreises bzw. die Lieferung der Anlagewerte handelt. (531)

Mit den einzelnen, in § 11 KAGG enthaltenen Mindestanforderungen hat der Gesetzgeber den Inhalt des Depotbankvertrages, was das Innenverhältnis betrifft, keineswegs erschöpfend geregelt; aber auch bezüglich des Außenverhältnisses bei der Abwicklung der Anlagegeschäfte muß weitgehend auf die allgemeinen Vorschriften zurückgegriffen werden.

Für die Kapitalanlagegesellschaft gilt zunächst, daß sie im Namen der Anleger keine Verbindlichkeiten eingehen darf (§ 9 II 2 KAGG); sie hat gemäß § 1 I i. V. m. § 8 I 1 KAGG über die zum Investmentfonds gehörenden Gegenstände zu verfügen. Dabei kann sie grundsätzlich selbst ihre Anlageentscheide ins Werk setzen, sofern sie nur die gesetzlichen Mindestanforderungen bezüglich der Einschaltung der Depotbank

- (528) Da die Depotbank diese Anlagewerte depotmäßig verwahrt, wird auch an sie die Zahlungsaufforderung gerichtet, welche sie dann an die Kapitalanlagegesellschaft als Eigentümer dieser Wertpapiere weiterleitet. Nach § 9 IV KAGG hat die Kapitalanlagegesellschaft diese Zahlungen aber aus ihrem eigenen Vermögen zu leisten. Das Nachzahlungsrisiko geht also voll zu Lasten der Kapitalanlagegesellschaft, während die übrigen Vermögensvorteile dieser Anlagepapiere über den Investmentfonds den Anlegern zugute kommen.
- (529) Vgl. § 1 der Verordnung zur Durchführung steuerrechtlicher Vorschriften des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaft, abgedruckt bei **Tormann**, Die Investmentgesellschaften, S. 84 f.
- (530) Unter dem Tageskurs ist der amtliche bzw. der Freiverkehrskurs an der regional zuständigen Börse zu verstehen.
- (531) Falls die Kapitalanlagegesellschaft Anlagegeschäfte für den Investmentfonds nicht vollumfänglich an die Depotbank gibt, sondern - unter Wahrung der **gesetzliche oder** vertraglich der Depotbank vorbehaltenen Aufgaben - ihre Anlageentscheide selbst ausführt, wird die Depotbank besondere Sorgfalt anzuwenden haben, wenn sie die Weisung zur Zahlung des Kaufpreises bzw. zur Lieferung der Anlagewerte aus dem Fondsvermögen erhält.

beachtet. Regelmäßig wird sich die Kapitalanlagegesellschaft aber zur Ausführung ihrer Anlageentscheide der Depotbank bedienen, die sich bereits durch Nr. 29 ff. AGB für den "Handel in Wertpapieren" angeboten hat. (532)

Die Depotbank kann die ihr aufgetragenen Anlagegeschäfte der Kapitalanlagegesellschaft in zwei Rechtsformen durchführen, und zwar als Kommissionsgeschäft und als Propergeschäft. Diese Durchführungsarten unterscheiden sich dadurch, daß der Kommissionär im eigenen Namen und im Auftrag des Kommittenten für dessen Rechnung - also als dessen mittelbarer Stellvertreter - tätig wird, während der Eigenhändler die Geschäfte mit dem Auftraggeber für eigene Rechnung abschließt. (533)

Wenn die Kapitalanlagegesellschaft keine besonderen Weisungen für die Durchführung der an die Depotbank gegebenen Anlagegeschäfte erteilt, gelten für die Depotbank die Bestimmungen der AGB. (534) Danach gilt folgende Regelung:

- zum amtlichen Handel zugelassene Wertpapiere ((535) handelt die Depotbank für die Kapitalanlagegesellschaft gemäß Nr. 29 I 2 AGB an einer Börse; nach Nr. 30 I AGB trifft sie die Wahl des Ausführungsplatzes, Nr. 29 I 1 AGB bestimmt, daß die Depotbank Kommissionär i. S. d. §§ 383 ff. HGB ist und dabei vom Recht des Selbsteintritts Gebrauch macht;
- Kuxe, zum amtlichen Handel nicht zugelassene Werte (536) und Wertpapiere, deren amtliche Notiz ausgesetzt ist, behandelt die Bank gemäß Nr. 29 II AGB stets als Eigenhändler; aus Nr. 30 I i. V. m. 29 I 2 AGB ergibt sich, daß die Depotbank zwar Aufträge der Kapitalanlagegesellschaft in solchen Werten über die Börse leiten kann, nämlich wenn sie in den geregelten Freiverkehr einbezogen sind, daß sie sich aber dazu nicht verpflichtet.

Nr. 29 I 1 AGB befreit die Depotbank für den Fall des Selbsteintritts von der Pflicht zur ausdrücklichen Anzeige gemäß § 405 HGB.

Ob die Depotbank bei einem bestimmten Effektengeschäft in Ausführung eines Auftrages der Kapitalanlagegesellschaft handelt oder ob ein Eigengeschäft der Depotbank bzw. ein Ausführungsgeschäft für einen anderen Kunden vorliegt, hängt nach der Rechtsprechung ausschließlich vom subjektiven Willen der Depotbank ab. (537) Anderer Ansicht nach sollen allein objektive Momente maßgebend sein. Danach ergibt sich die Fremdbezogenheit erst durch die Absendung der Ausführungsanzeige

(532) Die AGB sind Teil des Depotbankvertrages, soweit sie auf das Investmentgeschäft anwendbar sind. Vgl. o. S. 62.

(533) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl, § 383 Anm. 17 u. 23.

(534) Abweichungen müssen nach Nr. 29 III, 29 I 2 2. H. S., 29 II 3 2 H. S.; 30 I 2. H. S. AGB, ausdrücklich vereinbart werden, was auch beim Einzelauftrag geschehen kann. Vgl. auch BGHZ 8, 222.

(535) Vgl. dazu o. S. 68 f.

(536) Vgl. o. Fußn. 344.

(537) Vgl. RGZ 148, 192; Baumbach-Duden, § 383 Anm. 3 A.

nach Nr. 29 IV AGB - es handelt sich um das Stückerzeichnis der §§ 18 ff., 31 DepG, das auch Effektenabrechnung genannt wird, wenn die Bank als Eigenhändler auftritt - bzw. durch die Eintragung des Übertragungsvermerks im Verwahrbuch der Depotbank nach § 24 II DepG. Jedoch wird nach der objektiven Theorie die Fremdbezogenheit eines bestimmten Geschäftes der Depotbank dann vorgezogen werden müssen, wenn das konkrete Geschäft in wesentlichen Einzelheiten mit einem Auftrag seitens der Kapitalanlagegesellschaft übereinstimmt. (538) Bei Propergeschäften mit der Kapitalanlagegesellschaft wird die Depotbank immer erst dann für die Kapitalanlagegesellschaft tätig, wenn sie ihre Pflichten aus dem jeweiligen Kaufvertrag erfüllt; das Problem der Fremdbezogenheit stellt sich hier also nicht. Zum Problem der Fremdbezogenheit braucht aber hier nicht weiter Stellung genommen zu werden, da es von der investmentrechtlichen Surrogation des § 6 II KAGG überlagert wird. (539)

c. Der Übergang der Gegenwerte in den Investmentfonds

Hat die Depotbank in Ausführung eines Anlagegeschäftes der Kapitalanlagegesellschaft einen Gegenwert infolge eines Deckungsgeschäftes oder durch Umbuchung erhalten, so hat sie ihn beim Kommissionsgeschäft nach § 384 II HGB (540) herauszugeben, beim Propergeschäft hat sie ihn gemäß § 433 I BGB an die Kapitalanlagegesellschaft zu übereignen.

Unabhängig davon, ob der Investmentfonds im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft oder der Anleger steht, beauftragt die Kapitalanlagegesellschaft die Depotbank gemäß § 8 I 1 KAGG im eigenen Namen. Damit hat diese ihr auch das Eigentum an den für den Investmentfonds bestimmten Werten zu verschaffen. Bei Verkäufen hat sie die Verkaufserlöse auf die Kapitalanlagegesellschaft zu übertragen.

Bei Effektenkäufen erwirbt die Kapitalanlagegesellschaft spätestens nach § 18 III, 24 II, 31 DepG durch Absendung des Stückerzeichnisses bzw. durch Eintragung des Übertragungsvermerks im Verwahrungsbuch das Eigentum an den in Auftrag gegebenen Wertpapieren, es sei denn, die Depotbank war nicht Verfügungsberechtigt. Doch hilft der Kapitalanlagegesellschaft gemäß §§ 932 ff. BGB, 366 HGB der gute Glaube an das

(538) Vgl. Düringer-Hachenburg-Lehmann, § 383 Anm. 7; Ratz in RGRKomm. z. HGB § 383 Anm. 11; Schlegelberger-Hefermehl, § 383 Anm. 27.

Da für Investmentfonds ein einzelner Anlagewert meist in größeren Einheiten erworben wird, könnte man wegen der Größe der einzelnen Order theoretisch die Eignung zur Vorverlegung der Fremdbezogenheit annehmen. Andererseits wird die Börsenenge in Europa zu einer interessewahrenden Verteilung der Börsenaufträge führen, so daß - verstärkt durch die Kompensationsmöglichkeiten der Depotbank - die Kongruenz mit dem Anlagegeschäft des Auftrages der Kapitalanlagegesellschaft kaum je eintreten wird.

(539) S. dazu u. S. 107.

(540) So auch schon §§ 675, 667 BGB. Vgl. Baumbach-Duden, § 384 Anm. 4 A., B.

Eigentum bzw. die Verfügungsberechtigung der Depotbank. (541) Jedoch ist denkbar, daß die Kapitalanlagegesellschaft schon vorher nach §§ 929 ff. BGB Eigentümer der betreffenden Wertpapiere wird. (542) Handelt es sich bei den zu erwerbenden Wertpapieren um solche, die gemäß § 11 III 2 KAGG bei einer ausländischen Hinterlegungsstelle (543) aufbewahrt werden sollen, so gilt, sofern der Depotbankvertrag schriftlich nichts anderes bestimmt, (544) § 1 22 DepG i. V. m. Nr. 1 und 2 der "Sonderbestimmungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren". (545) Danach ist die Depotbank nicht verpflichtet, die im Ausland angeschafften Wertpapiere auf die Kapitalanlagegesellschaft zu übertragen, sondern sie wird in der Regel selbst Eigentümer dieser Papiere, und übersendet daher der Kapitalanlagegesellschaft statt des Stückerzeichnisses - mit der Rechtsfolge des § 18 III DepG - eine sogenannte Wertpapierrechnung, in der sie ihr mitteilt, daß ihr die entsprechenden Wertpapiere auf dem Sperrkonto des Investmentfonds gutgeschrieben wurden. (546)

Bei Verkaufsordern an die Depotbank hat diese nach Ausführung der Kommission bzw. bei Erfüllung des Propergeschäftes den Verkaufserlös gemäß §§ 384 II HGB, 433 I BGB an die Kapitalanlagegesellschaft abzuliefern.

Die investimentrechtliche Surrogation des § 6 II KAGG bewirkt, daß die Ansprüche der Kapitalanlagegesellschaft auf die Erfüllung der Ablieferungspflicht bzw. der Übertragungspflicht der Depotbank aus ihren für Rechnung der Anleger geschlossenen Anlagegeschäften - §§ 675, 667 BGB i. V. m. §§ 384 II HGB, 433 I BGB - in den Investmentfonds übergehen, sobald die inhaltliche Beziehung zu diesem erkennbar ist. (547) Da die Kapitalanlagegesellschaft regelmäßig die Anlagegeschäfte direkt über die Konten und Depots des Investmentfonds abwickeln lassen wird, (548) werden bereits die Erfüllungsansprüche der Kapitalanlagegesellschaft gegen die Depotbank Bestandteil des Investmentfonds.

§ 6 II KAGG bewirkt weiter, daß der Eigentumsübergang der durch die Depotbank angeschafften Wertpapiere kraft Gesetzes bei Absendung des Stückerzeichnisses nach § 18 III DepG, bei Eintragung des Übergangs von Wertpapieranmeldedepotanteilen nach § 24 II DepG oder bei Übereignung nach §§ 929 BGB ff. unmittelbar an den formellen Rechtsträger des Investmentfonds erfolgt, d. h. an die Kapitalanlagegesellschaft bei der Treuhandlösung, an die Anlegergemeinschaft bei der Miteigentumslösung. Entsprechendes gilt für die Kaufverlöse, welche zunächst Ansprüche der Kapi-

(541) Maßgeblich ist nicht die Gutgläubigkeit bei Absendung des Stückerzeichnisses bzw. Eintragung ins Verwahrungsbuch, sondern die Einräumung des Besitzes. Vgl. HGB vom 10. 3. 1959 in LM zu § 366 HGB.

(542) Vgl. RGZ 140, 231; Baur, Sachenrecht, § 51 V 6 b; Schlegelberger-Hefermehl, § 383 Anm. 57 u. 59; Westermann, § 40 III.

(543) Vgl. dazu u. S. 288.

(544) Das Erfordernis der Schriftlichkeit ist in Nr. 11 AGB aufgestellt.

(545) Abgedruckt bei Schlegelberger-Hefermehl, § 383 Anh. Anm. 54.

(546) Vgl. hierzu ausführlich Schlegelberger-Hefermehl, § 383 Anh. Anm. 49.

(547) Vgl. o. S. 78 ff.

(548) Vgl. u. S. 118 f.

talanlagegesellschaft nach §§ 675, 667 BGB gegen die Depotbank auf Gutschrift für den Investmentfonds sind, dann mit der Gutschrift auf ein Sperrkonto des Fonds Guthaben i. S. d. § 781 BGB sind. (549)

Besonderer Erwähnung bedarf noch der Erwerb von Namensaktien für einen Investmentfonds, wenn dieser im Miteigentum der Anleger steht. Man könnte daran denken, daß die Indossierung gemäß § 68 I AktG und die Eintragung ins Aktienbuch der Gesellschaft nach § 68 III AktG auf die Anlegergemeinschaft zu erfolgen hat. Die Kapitalanlagegesellschaft, die gemäß § 8 I 1 KAGG über die Vermögenswerte des Investmentfonds verfügungsbefugt ist und gemäß § 8 I 2 KAGG auch das Stimmrecht aus den stimmberechtigten Anlagewerten im eigenen Namen ausüben kann, hat bei der Treuhandlösung fiduziarisches (Voll-) Eigentum an den einzelnen Wertpapieren bzw. Sammeldepotanteilen, bei der Miteigentumslösung ist sie durch die sogenannte Ermächtigungstreuhand i. S. d. § 185 BGB legitimiert. (550) Bevor nun die gesetzliche Surrogation nach § 6 II KAGG eingreifen kann, muß die Kapitalanlagegesellschaft selbst das Vollrecht an der betreffenden Namensaktie erworben haben. Demgemäß ist sie auch als Indossatar bzw. Aktionär zu bezeichnen; (551) die Surrogation des § 6 II KAGG bewirkt dann im Fall der Miteigentumslösung, daß das Indossament im Augenblick seines rechtswirksamen Zustandekommens als Vollmachtsindossament zu qualifizieren ist. Im übrigen liegt dann aber kein Unterschied zur Treuhandlösung vor.

d. Rechtsnatur und Rechtsgrundlagen der Abwicklungspflicht

Die Pflicht der Depotbank zur Abwicklung der Anlagegeschäfte eines Investmentfonds ist eine weitere Leistungspflicht der Depotbank aus ihrem Depotbankvertrag. Für den Fall der eigenständigen Abwicklung dieser Geschäfte durch die Kapitalanlagegesellschaft fordert das Gesetz eine Mindestbeteiligung der Depotbank. Diese Beteiligung bedeutet dem Inhalt nach eine Geschäftsbesorgung i. S. d. §§ 611, 675 BGB. Für den Fall der Einschaltung der Depotbank über ihre Mindestbeteiligung hinaus (552) als Kommissionär oder Eigenhändler kommen die §§ 383 ff. HGB, 433 ff. BGB, welche durch die Bestimmungen des DepG modifiziert sind - namentlich durch §§ 18 III,

(549) S. o. S. 72 ff.

(550) Vgl. dazu o. S. 81.

(551) Gl. A. Schuler, S. 1051; Schäcker, S. 106 f.; v. Caemmerer, S. 46; Baum 111 ff.; Ebner von Eschenbach, S. 73; Wendt, S. 119. A. A. Dürre-Full-Beyer-Fehling, § 6 Anm. 1, die die zusätzliche Eintragung der Depotbank verlangen.

(552) Wenn die Kapitalanlagegesellschaft die Depotbank mit der Durchführung einzelner Anlagegeschäfte vollumfänglich beauftragt, unterscheidet sich das Rechtsverhältnis der Depotbank zur Kapitalanlagegesellschaft grundsätzlich nicht vom allgemeinen Bankvertrag bzw. vom Giro- und Depotvertrag eines gewöhnlichen Kunden der Depotbank.

24 II DepG -, sowie die dem Depotbankvertrag zugrundeliegenden Geschäftsbedingungen zur Anwendung. (553)

Für die als Kommissionsgeschäfte durchgeführten Anlagegeschäfte nennt § 384 HGB ausdrücklich noch Sorgfalts-, Treue-, Gehorsams-, Nachrichten-, Rechenschafts- und Herausgabepflichten. Diese Pflichten der Depotbank folgen im wesentlichen bereits den auf den Depotbankvertrag anwendbaren §§ 675, 666, 667 BGB. (554) Sie finden gleichfalls auf Eigengeschäfte der Depotbank mit der Kapitalanlagegesellschaft Anwendung, die sich im übrigen nach Kaufrecht - §§ 433 ff. BGB, 373 ff. HGB - und den besonderen Bestimmungen des DepG richten. (555)

Der Eigentumsübergang an den gekauften Wertpapieren richtet sich nach §§ 18 III, 24 II DepG, sofern nicht die allgemeinen Vorschriften der §§ 929 ff. BGB zur Anwendung kommen. Unabhängig von der Organisation des Investmentfonds hat die Depotbank in Erfüllung der ihr übertragenen Anlagegeschäfte die erworbenen Anlagewerte auf die Kapitalanlagegesellschaft zu übertragen. Im gleichen Augenblick greift dann die Surrogation nach § 6 II KAGG ein und läßt diese Werte ins Miteigentum der Anleger bzw. ins Treuhandeigentum der Kapitalanlagegesellschaft übergehen. (556)

Der Depotbankvertrag zeigt gegenüber dem Rechtsverhältnis der Depotbank mit Kunden, die keine Kapitalanlagegesellschaften sind, folgende Unterschiede:

- Die Pflicht der Depotbank zur Herausgabe dessen, was sie in Ausführung einer Kommission erlangt hat, (557) oder die Pflicht zur Rechts- bzw. Sachübertragung bei einem Eigengeschäft (558) ist durch § 11 III, VI KAGG modifiziert, wonach die Depotbank die Gegenwerte aus Anlagegeschäften der Kapitalanlagegesellschaft ausschließlich auf einem Sperrdepot oder Sperrkonto des Investmentfonds gutbringen darf.
- Verfügungen der Kapitalanlagegesellschaft über den Investmentfonds unterliegen der besonderen Kontrollpflicht der Depotbank. (559)
- Die Depotbank darf mit Forderungen, die zum Investmentfonds gehören,

(553) Nach 28 DepG wäre die Depotbank nicht verpflichtet, Stückerzeugnisse zu senden. Nr. 7 AGB für inländische Bankierskunden - abgedruckt bei Schlegelberger-Hefermehl, § 424 Anh. Anm. 11 - hingegen verpflichtet die Depotbank wiederum zur Absendung dieser Verzeichnisse. Um sich von der Versendungspflicht nach § 18 III DepG zu befreien, müßte der Depotbankvertrag daher eine schriftliche Aufhebung der Nr. 7 AGB für inländische Bankierskunden enthalten.

(554) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl, § 384 Anm. 1.

(555) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl, § 400 Anm. 29.

(556) Vgl. dazu o. S. 78 ff.

(557) §§ 384 II HGB; 675, 667 BGB.

(558) § 433 I BGB.

(559) S. dazu u. S. 137 ff. (142 f.)

Schulden der Kapitalanlagegesellschaft nicht aufrechnen, § 8 III KAGG. (560)

- Die Fiktion der Genehmigung bei Abweichung vom Preislimit der Kapitalanlagegesellschaft nach § 386 I HGB, Nr. 15 S. 2 AGB ist durch § 11 V KAGG als *lex specialis* zu § 386 I HGB außer Kraft gesetzt, soweit das Preislimit durch den Tageskurs bestimmt ist.

5. Die Unterzeichnung der Anteilscheine

Die Depotbank hat nach § 17 I 2 KAGG die Anteilscheine des Investmentfonds zu unterzeichnen. Dabei kann die Unterzeichnung kraft § 17 I 3 KAGG auch durch mechanische Vervielfältigung geschehen. (561)

Die Unterzeichnung der Anteilscheine bedeutet nicht, daß die Depotbank damit gegenüber den Anlegern ihre Depotbankpflichten anerkennt. (562) Denn die Vertragsbedingungen betreffen nur das Rechtsverhältnis zwischen Anlegern und Kapitalanlagegesellschaft aufgrund der Investmentverträge. (563) Nach der Konzeption des KAGG ist die Depotbank aber kein Vertragspartner der Anleger. (564) Ihre Unterschrift könnte nur dann als Verpflichtung gegenüber den Anlegern aufgefaßt werden, wenn sie ein Schuldversprechen i. S. d. § 780 BGB begründete; dazu fehlen aber sowohl im KAGG wie in den Gesetzesmaterialien die Anhaltspunkte, auch bekunden die derzeitigen deutschen Vertragsbedingungen nicht einen daraufgerichteten Erklärungswillen der Depotbank. (565) Die rechtliche Bedeutung der Unterzeichnung ist vielmehr ausschließlich die, daß die Kapitalanlagegesellschaft dadurch den Anlegern sichtbar beweisen kann, ihrer gesetzlichen Pflicht zur Hinzuziehung einer Depotbank nachgekommen zu sein. Die Unterzeichnung der Anteilscheine begründet also keine vertragliche Haftung der Depotbank gegenüber den Anlegern, sondern hat lediglich Beweisfunktion für die Investmentverträge. (566)

(560) Ebner von Eschenbach, S. 129. Vgl. zum Aufrechnungsverbot u. S. 294 f.

(561) Ohne diese Vorschrift, mit welcher der Gesetzgeber den Erfordernissen der Bankpraxis Rechnung getragen hat, würde eine faksimilierte Unterschrift auf den Anteilscheinen den Anforderungen an eine Unterschrift nach § 126 BGB nicht genügen. Vgl. BGH in BB 1960, 305; Staudinger-Coing, § 126 Rdn. 8. Andere Erscheinungsformen faksimilierter Unterschriften bei Schmidt, S. 6 ff.

(562) So aber Gessler, S. 26; ihm folgend Schäcker, S. 126.

(563) Vgl. § 14 I 1 KAGG; 17 I 1 KAGG, wonach die Anteilscheine nur die Ansprüche der Anleger gegen die Kapitalanlagegesellschaft, nicht aber auch gegen die Depotbank verbriefen. Vgl. Wendt, S. 63.

(564) S. zum Rechtsverhältnis Depotbank-Anleger u. S. 176 ff.

(565) Vgl. dazu u. S. 180 ff.

(566) Im Ergebnis ebenso Tormann-Siara, § 17 Anm. I, §. 60; a. A. Klenk, S. 15.

Die Pflicht zur Unterzeichnung der Anteilscheine ist eine selbständige Leistungspflicht der Depotbank innerhalb des Depotbankvertrages i. S. d. § 675 BGB.

6. Die Ausschüttung der Gewinnanteile an die Anleger

Als weiteren Teil der Verwaltungspflichten der Depotbank schreibt § 11 IV KAGG der Depotbank vor, "aus den gesperrten Konten... auf Weisung der Kapitalanlagegesellschaft... die Ausschüttung der Gewinnanteile an die Anteilinhaber..." durchzuführen, sofern nach den Vertragsbedingungen - § 14 III lit. i KAGG - nicht die Thesaurierung der erwirtschafteten Investmenterträge vorbehalten ist. (567)

Üblicherweise werden die Gewinnanteile nur gegen Vorlage der Gewinnanteilscheine zahlbar gestellt. Damit unterscheidet sich die Ausschüttung der Gewinnanteile im Investmentgeschäft nicht von sonstigen Dividenden- und Zinszahlungen im Bankgeschäft.

Wenn ein Anleger die vierjährige Vorlegungsfrist nach § 801 II BGB versäumt hat, ist die Depotbank nicht berechtigt, den entsprechenden Betrag an die Kapitalanlagegesellschaft auszuzahlen. Denn da es sich bei der Ertragsausschüttung um den in § 14 I Buchst. i. KAGG modifizierten Anspruch des Anlegers aus §§ 675, 667 BGB aus seinem Investmentvertrag mit der Kapitalanlagegesellschaft handelt, muß der zur Ausschüttung vorgesehene Betrag wieder zur Kapitalanlage verwendet werden. Zwar geht mit Ablauf der Vorlegungsfrist und mit Umbuchung des nicht abgehobenen Betrages auf ein allgemeines Sperrkonto des Sondervermögens der Ausschüttungsbetrag für den einzelnen Anleger verloren. Er partizipiert aber durch die Erhöhung des Fondsvermögens anteilmäßig für das darauffolgende Rechnungsjahr daran. (568)

7. Die Zahlung von Vergütungen und Aufwendungen

Nach § 11 VII 1 KAGG ist weitere Verwaltungspflicht der Depotbank, "der Kapitalanlagegesellschaft aus den zu einem Sondervermögen gehörenden Konten nur die ihr nach den Vertragsbedingungen für die Verwaltung des Sondervermögens zustehende Vergütung und den ihr zustehenden Ersatz von Aufwendungen aus(zu)zahlen." (569)

(567) Bei den sogenannten Thesaurierungsfonds bekommt der Anleger - wie im Gesetz auch nur vorgesehen - ausschließlich einen Anteilschein ausgehändigt, nicht aber einen zusätzlichen Gewinnanteilscheinbogen.

(568) Gl. A. Ebner von Eschenbach, S. 99.

Der Umstand, daß die übrigen Anleger durch die Rückbuchung des verfallenen Ausschüttungsbetrages in den zur Anlage bestimmten Fonds gleichfalls an der Werterhöhung des Investmentfonds partizipieren, folgt aus der Natur der Anlegergemeinschaft als Rechtsgemeinschaft.

(569) Vgl. auch § 9 III 1. H. S. KAGG.

Zwar sind die Anleger die Auftraggeber zur Durchführung des Investmentgeschäftes aufgrund der Investmentverträge. Aus praktischen Erfordernissen des Investmentgeschäftes werden aber die mit der Verwaltung von Investmentfonds verbundenen Kosten unmittelbar aus diesen abgedeckt; demgemäß bestimmt § 9 III 2. H. S. KAGG für die Kapitalanlagegesellschaft: "Die Anteilinhaber haften ihr nicht persönlich."

Die Verwaltungskosten des Investmentgeschäftes zerfallen in drei Gruppen:

- die eigentliche Vergütung
- der Aufschlag bei Ausgabe und der Abschlag bei Rücknahme von Anteilscheinen
- die Aufwendungen der Kapitalanlagegesellschaft

a. Die eigentliche Vergütung

Die eigentliche Vergütung der Kapitalanlagegesellschaft ist das Entgelt, das sich diese in den Vertragsbedingungen für ihre Tätigkeit aufgrund der Investmentverträge ausbedingt. (570)

Die Ansätze und Berechnungsmethoden sind bei den deutschen Kapitalanlagegesellschaften nicht einheitlich. Üblicherweise wird zu Vergleichszwecken die Gesamtsumme dieser Vergütungen pro Rechnungsperiode ins Verhältnis zum Inventarwert des Fondsvermögens am Ende dieses Zeitabschnittes gesetzt. Dabei ergibt sich für Deutschland für fast die Hälfte aller Investmentfonds ein Satz von 0,26 - 0,35 %. (571)

Die Depotbank hat die verlangte Vergütung der Kapitalanlagegesellschaft fristgemäß aus dem von dieser bezeichneten Sperrkonto zu leisten. Da die Depotbank ohnehin den Inventarwert des Investmentfonds zum relevanten Stichtag - § 18 II KAGG ermitteln muß bzw. gemäß § 20 II 2 KAGG sämtliche Aufstellungen, die außer dem Inventarwert zur Berechnung der Vergütung herangezogen werden könnten, bestätigen muß, kann die Depotbank leicht die verlangte Vergütung auf ihre Vertragsgemäßheit nachprüfen. (572)

b. Der Aufschlag bei Ausgabe und der Abschlag bei Rücknahme von Anteilscheinen

Gemäß § 18 II 1 i. V. m. § 14 III f KAGG ist beim Erwerb von Anteilscheinen ein Aufschlag zu zahlen, der sich bei den meisten deutschen Kapitalanlagegesellschaften auf 3% des Inventarwertes des Anteilscheines beläuft, bei einigen jedoch auch 4,5% erreicht. Bei der Rücknahme von Anteilscheinen ist ein geringerer Betrag, etwa in

(570) § 14 III e KAGG.

(571) Im Vergleich dazu liegen die holländischen Fonds bei 0,15 %.

In Belgien wird die Vergütung des Investmentunternehmens durchweg von der hinter ihr stehenden Bank getragen, sie geht also nicht zu Lasten des Investmentfonds. In Frankreich liegen die Sätze bei den größten Investmentfonds allerdings bei 0,5%. Vgl. Castenfelt in F. u. W. Nr. 11 vom 10. 2. 1968.

(572) S. u. S. 137 ff.

Höhe von 0,5%, als Abschlag gemäß § 18 III 1 i. V. m. § 14 III g KAGG angesetzt. Diese Beträge werden beim Erwerb von Anteilscheinen in globo mit dem Ausgabepreis an die Depotbank entrichtet und von dieser nach § 11 III 3 KAGG einem Sperrkonto des Investmentfonds gutgeschrieben, (573) bei der Rücknahme von Anteilscheinen jedoch von der Depotbank nicht ausgezahlt, sondern dem Investmentfonds belassen. (574) Es fragt sich, ob die Kapitalanlagegesellschaft im Hinblick darauf, daß diese Beträge nach den Vertragsbedingungen zur Deckung der mit der Ausgabe und Rücknahme verbundenen Kosten bestimmt sind, diese Beträge von der Depotbank jeweils ausgezahlt verlangen kann.

Das KAGG gibt keine klare Auskunft. Es ist zunächst zu bedenken, daß die Depotbank, welcher beim Anteilscheinverkehr auch Kosten entstehen und die diese Aufwendungen nach § 11 VII KAGG aus dem Investmentfonds erstattet verlangen kann, bei vollständiger Auszahlung der vertragsgemäßen Auf- und Abschläge ihrerseits sich unmittelbar an die Kapitalanlagegesellschaft halten müßte; denn sonst würden die bei ihr entstandenen Kosten dem Investmentfonds doppelt belastet. Der Umstand, daß das KAGG nur für die Vertragsbedingungen eine wirtschaftliche Selbständigkeit der als Auf- und Abschlag bezeichneten Kosten anerkennt, sie im übrigen aber den sonstigen Aufwendungen der Kapitalanlagegesellschaft bei der Verwaltung des Investmentfonds gleichgestellt hat, bedeutet, daß die Kapitalanlagegesellschaft die Auszahlung dieser Kosten nur als "den ihr zustehenden Ersatz von Aufwendungen" nach § 11 VII 1 KAGG verlangen kann. (575)

c. Die Aufwendungen der Kapitalanlagegesellschaft

Die Kapitalanlagegesellschaft kann wie jeder, der in fremdem Interesse freiwillig Vermögenswerte aufopfert und Verbindlichkeiten eingeht, Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen. (576) Grundsätzlich ist derjenige, in dessen Interesse die Aufwendungen

(573) A. A. Tormann-Siara, § 18 Anm. II, S. 64, wonach nur der Teil des Ausgabepreises in den Investmentfonds gelangt, der dem Inventarwert der ausgegebenen Anteile entspricht, während der Aufpreis in das Eigenvermögen der Kapitalanlagegesellschaft geht.

(574) Nach der Ansicht von Tormann-Siara, a. a. O., müßten die Abschläge bei der Auszahlung der Anteilwerte der Kapitalanlagegesellschaft ausgezahlt werden, dürften also nicht dem Investmentfonds belassen werden.

(575) A. A. Tormann-Siara, a. a. O.

(576) Der Begriff Aufwendungen ist im materiellen Recht nicht definiert. Er wird synonym mit Aufwand, Verwendungen, Kosten, Auslagen und Verluste verwandt, vgl. insb. §§ 304, 670, 683, 684 S. 2, 994 ff. BGB und 110 HGB. S. a. Palandt-Danckelmann, § 256 Anm. 1; Palandt-Gramm, § 670 Anm. 2 u. 3.

gemacht wurden, zu deren Wertersatz verpflichtet. Das KAGG bestimmt aber, daß die Anleger der Kapitalanlagegesellschaft nicht persönlich haften, sondern daß diese sich "nur aus dem Sondervermögen befriedigen" kann. (577)

aa. Ausgabe- und Rücknahmekosten

Unter die Aufwendungen fallen zunächst die Kosten für die Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine. Entsprechend Nr. 14 II AGB, wonach gewisse Gemeinkosten dem Kunden pauschal in Rechnung gestellt werden können, haben die Kapitalanlagegesellschaften für diese Kosten bereits in den Vertragsbedingungen Einheitssätze festgesetzt. Trotz solcher Pauschalierung muß es sich dabei indes um einen Ersatz tatsächlicher - oder voraussehbarer - Aufwendungen handeln. Denn der Aufwendungsersatz nach §§ 675, 670 BGB bzw. sein Vorschuß nach § 669 BGB im allgemeinen und nach § 9 III KAGG im besonderen betrifft nur die effektiven Aufwendungen bzw. deren Wertersatz. Die Erleichterung, welche eine Pauschalierung bietet, darf nicht zu einer versteckten Einnahmequelle führen.

Die Kapitalanlagegesellschaft hat daher am Ende einer Rechnungsperiode die effektiven Kosten zu berechnen, die bei der Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen entstanden sind. Freilich werden einzelne Posten selbst pauschal angesetzt sein, nämlich die von der Depotbank der Kapitalanlagegesellschaft gemäß Nr. 14 II AGB pauschal berechneten eigenen Aufwendungen hinsichtlich des Anteilscheinverkehrs; allein dies ändert nichts daran, daß die effektiven Kosten auf Seiten der Kapitalanlagegesellschaft feststellbar sind.

Daß eine im voraus großzügige Festsetzung dieser Kosten in den Vertragsbedingungen nur der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns entspricht, bedarf keiner Erörterung. Allein erfordert die Natur dieses Aufwandpostens, daß er den jeweiligen Verhältnissen angepaßt wird. Das bedeutet, daß zuviel vereinnahmte Auf- bzw. Abschläge dem Investmentfonds verbleiben müßten, (578) die Depotbank also insoweit dem Verlangen der Kapitalanlagegesellschaft auf Ersatz der Aufwendungen nicht entsprechen darf. Andererseits muß bei einer Kostenlage, die nach sorgfältiger Abwägung auch der zukünftigen Entwicklung sich als niedriger abschätzen läßt, als sie in den Vertragsbedingungen angesetzt und von den Anlegern im Investmentvertrag anerkannt wurde, diesen Gegebenheiten bereits bei der Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen Rechnung getragen werden. Dies kann z. B. durch die Gewährung eines Bonus ge-

(577) § 9 III; s. a. § 11 VII 1 KAGG.

(578) Ein soches Ergebnis kann aber nicht befriedigen. Denn es führt dazu, daß der neuhinzukommende bzw. ausscheidende Anleger weniger erhält, als seiner Einzahlung bzw. dem Gegenwert des zurückgegebenen Anteils entspricht. Zudem partizipieren die übrigen Anleger an dieser zusätzlichen Leistung, indem sich der Wert ihrer Anteile erhöht.

schehen. Von dieser Gestaltungsmöglichkeit ging offenbar auch der Gesetzgeber aus, der im Zweiten Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 20.1.1965 (BGBl. I S. 12) vorschrieb, daß jeder Anleger darauf hinzuweisen ist, daß ihm ein günstigerer Rücknahmepreis gewährt werden kann, wenn es die Absatzlage für Anteilscheine erlaubt. (579) Dahinter verbirgt sich aber nichts anderes als eine Variierungsmöglichkeit des Abschlags, da der Rücknahmepreis im übrigen kraft Gesetzes bestimmt ist bzw. nur noch die Spesen der Anschaffung der im Investmentfonds vorhandenen Anlagewerte nach den meisten Vertragsbedingungen anteilig enthält. (580)

Diesem Ergebnis kann nicht entgegengesetzt werden, daß eine variable Berechnung und Festsetzung der Ausgabe und Rücknahmekosten dem Anleger gegenüber praktisch nicht durchführbar sei oder daß der Wettbewerb schon dafür sorgen würde, daß die Kapitalanlagegesellschaften zu marktgerechten Kostenansätzen finden würden. (581) Es darf nämlich, trotz allen Respektes vor dem Geltungsrecht der Entwicklungen des Rechtsverkehrs, nicht übersehen werden, daß fundamentale Rechtsprinzipien wie das des Aufwendungsersatzes nach § 9 III KAGG nicht durch die Zubilligung von Pauschalsätzen aufgehoben werden dürfen.

Aus alledem folgt, daß die Depotbank der Kapitalanlagegesellschaft nur diejenigen Kosten der Ausgabe und Rücknahme ersetzen bzw. vorschießen darf, welche der tatsächlichen Kostenlage entsprechen.

bb. Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft

Alsdann fallen unter die Aufwendungen der Kapitalanlagegesellschaft die Verbindlichkeiten, welche sie bei den für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger getätigten Geschäften eingeht. Das sind:

- die Verbindlichkeiten aus den Anlagegeschäften (582)
- die Verbindlichkeiten aus der Rücknahme von Anteilscheinen (583)
- die Verbindlichkeiten gegenüber der Depotbank aus dem Depotbankvertrag (584)

Die Kapitalanlagegesellschaft kann von diesen Verbindlichkeiten, die sie für Rechnung der Anleger eingeht, Befreiung verlangen, und zwar gleichfalls nicht von den (579) § 18 III 1 KAGG.

(580) Diese Gesetzesänderung aus dem Jahr 1965 hatte u. a. zum Ziel, auf die Spannen im Investmentgeschäft einen Wettbewerbsdruck auszuüben. Vgl. BB 1965, 177.

(581) Die in Fuß. 571 genannten Beispiele des europäischen Marktes, aber auch die gegenwärtigen Bemühungen der SEC in den USA, die dortigen, offensichtlich überhöhten Sätze auf ein angemessenes Maß zu mindern, stimmen indes wenig optimistisch.

(582) S. o. S. 103 ff.

(583) S. o. S. 97 f.

(584) S. o. S. 158 ff.

Anlegern, sondern von der Depotbank aus dem Investmentfonds. (585)

Die Befreiung von den Verbindlichkeiten aus Anlagegeschäften geschieht dadurch, daß die Depotbank gemäß § 11 IV KAGG aus den Sperrkonten bzw. Depots des Investmentfonds die Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft erfüllt. (586)

Fraglich ist die Behandlung der Spesen für die Anschaffung der Fondswerte, die nach den meisten Vertragsbedingungen der deutschen Investmentfonds bei der Berechnung des Ausgabepreises dem Inventarwert zugeschlagen werden; sie werden unterschiedlich als Teil der Kosten für die Ausgabe bzw. Rücknahme oder selbständig neben ihnen in Anrechnung gebracht. Andererseits beinhalten die Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft aus ihren Anlagegeschäften regelmäßig bereits diese Spesen, die zwar separat berechnet, der Kapitalanlagegesellschaft aber zusammen mit dem Kurswert in Rechnung gestellt bzw. belastet werden. (587) Das bedeutet, daß die Kapitalanlagegesellschaft also bereits - unabhängig von den Zuschlägen bei der Ausgabe bzw. Rücknahme von Anteilscheinen - in der vorbeschriebenen Weise von der Depotbank aus dem Investmentfonds befreit wird.

Hier stellt sich nun das gleiche Problem wie hinsichtlich der als Auf- und Abschlag bezeichneten Kosten. (588) Denn die Anleger haben sich einmal schon durch die Zahlung des Ausgabepreises bzw. durch den Minderbetrag bei der Auszahlung in einem gewissen Umfange an den effektiven Spesen der angeschafften Fondswerte beteiligt. Eine Miteinbeziehung der jeweils anfallenden Spesen bei der Zahlung des Bruttokaufpreises aus einem Sperrkonto bzw. bei der Gutschrift der Verkaufserlöse hierauf käme also auf eine Überdeckung des effektiven Spesenanteils hinaus.

Entsprechend dem Ergebnis hinsichtlich der Auf- bzw. Abschläge kann die Kapitalanlagegesellschaft daher keine Befreiung von den Spesen der Anlagegeschäfte verlangen, soweit diese bereits durch die Anleger bei den Ausgabe- bzw. Rücknahmepreisen vorgeschossen bzw. beglichen wurden; bei einem erheblichen Übersteigen der mit der Ausgabe von Anteilscheinen verbundenen Spesenzahlung über die effektive Belastung der Kapitalanlagegesellschaft muß daher ebenfalls ein Bonus gewährt oder müssen die Vertragsbedingungen der neuen Lage angepaßt werden.

Die Verbindlichkeiten aus der Rücknahme von Anteilscheinen gemäß § 10 II KAGG wirken sich gleichfalls nur in seltenen Fällen praktisch aus, weil die Kapitalanlage-

(585) § 9 III i. V. m. § 11 VII 1 KAGG.

(586) Soweit die Depotbank die Anlagegeschäfte vollumfänglich durchführt, wird sich diese Befreiung praktisch so abspielen, daß die Depotbank unmittelbar das entsprechende Investmentfondskonto belastet. Vgl. dazu o. S. 89 Fußn. 405

(587) Vgl. Nr. 14 II 2 AGB.

Insbesondere die neuzeitlichen Buchungsmethoden im Bankgeschäft führen dazu, daß sämtliche Wertpapiergeschäfte einheitlich behandelt werden; entsprechend einheitlich wird der übliche Spesensatz in Rechnung gestellt. Lediglich bei einem sogenannten eigenständigen Anlagegeschäft wäre es denkbar, daß die Kapitalanlagegesellschaft von der Depotbank bei der Befreiung von ihren Verbindlichkeiten nur den Kurswert ausgezahlt wünscht bzw. an die Depotbank zahlen läßt.

(588) Vgl. o. S. 114 f.

gesellschaft bei ausreichender Liquidität des Investmentfonds unmittelbar die Depotbank zur Auszahlung aus einem Sperrkonto veranlassen kann und im Regelfall also nicht eigene Mittel vorschießen braucht. (589)

Die Depotbank befreit die Kapitalanlagegesellschaft von den Verbindlichkeiten, welche diese ihr gegenüber hat, indem sie mit deren Zustimmung "die ihr selbst für die Verwahrung des Sondervermögens zustehende Vergütung" aus einem Sperrkonto gemäß § 11 VII 2 KAGG entnimmt oder den ihr gegen die Kapitalanlagegesellschaft zustehenden Ersatz der sonstigen Aufwendungen sowie die Vergütung aus der Tätigkeit nach § 11 VIII KAGG verlangt (590) und dann diese Beträge ebenfalls dem Investmentfonds entnimmt. (591)

Falls die Kapitalanlagegesellschaft noch andere als die genannten Aufwendungen in Zusammenhang mit dem Investmentgeschäft für Rechnung der Anleger nachzuweisen hat, (592) kann sie deren Ersatz aus dem Investmentfonds gleichfalls von der Depotbank verlangen.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die Depotbank der Kapitalanlagegesellschaft nur die ihr effektiv für die Durchführung des Investmentgeschäftes erforderlichen Aufwendungen aus dem Investmentfonds zu zahlen hat. Dabei muß sie die bereits in den Ausgabe- und Rücknahmepreisen enthaltenen Kostenbeiträge der Anleger anrechnen. (593)

(589) S. o. S. 97 f.

(590) § 11 VIII 2 KAGG sowie § 11 I 1 KAGG i. V. m. § 670 BGB.

Die Berichtigung dieser Verbindlichkeiten berechtigt die Kapitalanlagegesellschaft ihrerseits, da es sich um eine Verbindlichkeit für Rechnung der Anleger handelt, gemäß § 9 III KAGG beim Investmentfonds Regreß zu nehmen. Vgl. Tormann-Siara, § 11 Anm. VIII.

(591) Die sonstigen Aufwendungen der Depotbank, die nicht aus einer Tätigkeit i. S. d. § 11 VIII KAGG rühren, sind im KAGG nicht als ersatzfähig benannt. Dennoch ergibt sich diese Pflicht mittelbar aus § 11 I 1 KAGG, d. h. dem Depotbankvertrag, wonach die Depotbank nicht nur die eigentlichen Kosten aus der Verwahrung sowie die Kosten in Zusammenhang mit dem Anteilscheinverkehr, sondern auch Ersatz sämtlicher anderen, aus dem Investmentgeschäft für Rechnung der Anleger stammenden Aufwendungen verlangen kann. Vgl. auch Nr. 14 II AGB. Näher dazu u. S. 160.

(592) Aufwendungsersatz kann nur für notwendige Aufwendungen verlangt werden, also für solche, die durch die Investmentverträge der Anleger mit der Kapitalanlagegesellschaft durch die Vertragsbedingungen gedeckt sind. Vgl. Palandt-Gramm, § 670 Anm. 2.

(593) Vgl. aber § 8 III KAGG. S. dazu u. S. 295.

d. Die Rechtsnatur der Zahlungspflicht

Wenn die Depotbank der Kapitalanlagegesellschaft Vergütung und Aufwendungsersatz zahlt, kommt sie damit für Rechnung der Anleger der Aufgabe der Abdeckung der Kosten des Investmentgeschäftes nach, welche sowohl in den Investmentverträgen als auch im Depotbankvertrag ihren Rechtsgrund hat.

Die Zahlungspflicht ist eine selbständige Leistungspflicht der Depotbank aus ihrem Depotbankvertrag. Da sie eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, richtet sie sich nach §§ 611, 675 BGB.

8. Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung

Das KAGG hat der Depotbank, da sie bereits das gesamte Fondsvermögen depotmäßig verwahrt bzw. auf Konten unterhält oder doch von seiner Existenz Kenntnis hat, (594) aus praktischen Gründen und zum Schutz der Anleger in §§ 18 II, 20 II KAGG gewisse Pflichten bezüglich Auskunft und Rechenschaftsablegung übertragen, welche die Depotbank mit Abschluß des Depotbankvertrages übernimmt.

a. Berechnung des Wertes des Investmentfonds

§ 18 II 3 KAGG verpflichtet die Depotbank, den Wert des Fondsvermögens "auf Grund der jeweiligen Kurswerte der zu ihm gehörenden Wertpapiere und Bezugsrechte zuzüglich des Wertes der außerdem zu ihm gehörenden Geldbeträge, Forderungen und sonstigen Rechte ... zu ermitteln," Da diese Berechnung zur Ermittlung des Ausgabepreises - § 18 II 1, 2 KAGG - sowie zur Festsetzung des Rücknahmepreises dient, die "Kurse" von Anteilscheinen zudem in Wirtschaftszeitungen und in anderer Weise i. S. d. § 18 IV KAGG bekannt gemacht werden, hat die Depotbank in der Praxis börsentäglich die Berechnung des Fondsvermögens vorzunehmen.

Hinsichtlich der Angaben, welche die Kapitalanlagegesellschaft nach § 20 I KAGG für die Mitte und das Ende jeden Geschäftsjahres im Bundesanzeiger bzw. im Rechenschaftsbericht zu veröffentlichen hat, ist eine Mitwirkung der Depotbank von Gesetzes wegen nicht vorgesehen. (595) Doch kann angenommen werden, daß sich die Kapitalanlagegesellschaft die Aufstellung der Wertpapiere und Bezugsrechte des Investmentfonds von der Depotbank erstellen läßt.

Grundlage für die Wertermittlung sind gemäß § 18 II 3 KAGG die jeweiligen Kurswerte der Anlagewerte. (596) In der Regel haben alle Wertpapiere und Bezugsrechte

(594) Vgl. hierzu o.S. 87 f.

(595) Arg. § 20 II 2 e KAGG e con.

(596) Stichtag ist grundsätzlich der Berechnungstag. Bezüglich der Festsetzung von Ausgabe- und Rücknahmepreis ist es der letzte Börsentag.

eines Investmentfonds einen Kurswert. (597) Da durch die Wertermittlung der jeweilige Verkehrswert des Fondsvermögens ermittelt werden soll, kann man annehmen, daß die Depotbank in Ausnahmefällen, wenn ein Kurswert nicht vorliegt, die Vorschriften des Bewertungsgesetzes heranziehen kann und damit vom gemeinen Wert nach § 10 BewG, hilfsweise vom geschätzten Wert nach § 13 II 1 BewG auszugehen hat. (598)

b. Statuserstellung

§ 20 II KAGG verpflichtet die Depotbank, zu bestimmten Terminen im Laufe des Geschäftsjahres die Statusaufstellungen der Kapitalanlagegesellschaft an die Bankaufsichtsbehörde zu bestätigen. Praktisch wird die Kapitalanlagegesellschaft von der Depotbank die Erstellung dieser Aufstellungen und deren Abzeichnung verlangen und sie dann unmittelbar an die Bankaufsichtsbehörde leiten.

Diese Bestätigungspflicht der Depotbank hat eine doppelte Natur: sie ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht gegenüber der Bankaufsichtsbehörde (599) und eine privatrechtliche, unselbständige Leistungspflicht gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft. (600)

c. Anteilscheinbuch

Die Depotbank ist als Kreditinstitut nach dem KWG, §§ 38 ff. HGB und den sonstigen einschlägigen gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Vorschriften zur Buchführung verpflichtet. Entsprechend wird sie in ihrer innerbetrieblichen Organisation darauf eingerichtet sein. Da nach dem bisher Gesagten das Investmentgeschäft keine besonderen Abweichungen von den sonstigen Geschäftssparten der Depotbank mit sich bringt, kann man davon ausgehen, daß die Mitwirkung an der Fondsverwaltung für die Depotbank keine zusätzlichen organisatorischen Maßnahmen verlangt.

Angesichts der Bestätigungspflicht der Anzeige der Kapitalanlagegesellschaft an die Bankaufsichtsbehörde über die Zahl der im Umlauf befindlichen Anteilscheine kann man sich fragen, ob die Depotbank zur Führung eines sogenannten Anteilscheinbuches verpflichtet ist. (601) Da es sich bei dieser Anzeigepflicht nach § 20 II 1 KAGG um eine öffentlichrechtliche Pflicht der Kapitalanlagegesellschaft handelt, die Depotbank aber zur Bestätigung verpflichtet ist, also über die Ordnungsmäßigkeit der gegebenenfalls nur von der Kapitalanlagegesellschaft verfolgten Anteilscheinausgabe Rechenschaft ablegen muß, läßt sich § 20 II 1, 2 KAGG in dem Sinne auslegen, daß die Depotbank zur Führung eines Anteilscheinbuches verpflichtet ist. Wegen der Sammelverwahrungsfähigkeit von Anteilscheinen nach § 13 I KAGG erfordert das Anteilscheinbuch aber keine besonderen organisatorischen Maßnahmen.

(597) Denn zur Anlage sind nur börsengängige Wertpapiere und Bezugsrechte zugelassen. Vgl. o. S. 68.

(598) Gl. A. Dürr - Full - Beyer-Fehling, § 18 Erl. 4, S. 23.

(599) S. dazu u. S. 314.

(600) Zur Rechtsnatur s. u. S. 161 ff.

(601) Vgl. dazu Art. 20 II AFV für die schweizerische Depotbank, u. S. 234.

d. Auskunftsberechtigte

Die Depotbank ist zunächst und vor allem ihrem Auftraggeber und Kunden, der Kapitalanlagegesellschaft, zu Auskunft und Rechenschaftsablage verpflichtet. Gemäß § 18 III, IV KAGG muß sie jedoch auch Anlegern und vermittelnden Kreditinstituten Auskunft über Ausgabe- und Rücknahmepreise geben. Drittens gilt ihre Auskunftspflicht der Aufsichtsbehörde, der sie nach § 20 II 2 KAGG die Statusaufstellungen der Kapitalanlagegesellschaft zu bestätigen hat.

e. Rechtsnatur der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht

Mit Eingehung des Depotbankvertrages ist die Depotbank zu gewissen öffentlichrechtlichen Auskunftspflichten und Bestätigungspflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde herangezogen, § 20 II 2 KAGG. Daneben bestehen die allgemeinen öffentlichrechtlichen Buchführungs- und Auskunftspflichten der Depotbank in ihrer Eigenschaft als Kreditinstitut, die sich bei Übernahme der Rolle der investmentrechtlichen Depotbank auch auf ihr Investmentgeschäft erstrecken. (602)

Die im Depotbankvertrag übernommenen privatrechtlichen Auskunfts- und Rechenschaftspflichten der Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft sind diejenigen der §§ 675, 666 BGB, 384 II HGB, modifiziert durch die AGB, insbesondere Nr. 10, 14 ff. AGB.

Die privatrechtlichen Auskunfts- und Rechenschaftspflichten der Depotbank sind unselbständige Pflichten aus dem Depotbankvertrag.

9. Beratungspflicht

Aus dem Vertrauensverhältnis des bankgeschäftlichen Verkehrs hat die Depotbank schon nach den Grundsätzen des allgemeinen Bankvertrages gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft eine gewisse Beratungspflicht. (603) Eine selbständige Unterrichtungspflicht wird nur dann anerkannt, wenn der Kunde ein ihm offensichtlich unbekanntes Risiko läuft. (604)

Bei erfahrenen Kunden wird eine Bank regelmäßig hinsichtlich der Anlagepolitik von sich aus keine Bedenken geltend zu machen brauchen. (605) Entsprechend könnte man auch im Investmentgeschäft eine Unterrichtungspflicht der Depotbank gegenüber der

(602) Vgl. z. B. §§ 38 ff. HGB, 14 DepG, sowie die einschlägigen Vorschriften des KWG. Zum Auskunftsrecht der Aufsichtsbehörde s. u. S. 311.

(603) Vgl. o. S. 63.

(604) Der Bank bleibt der Nachweis offen, daß sie von einem Hinweis auf bestehende Bedenken im konkreten Fall deshalb ohne Verschulden absehen konnte, weil sie beim Kunden insoweit eine hinreichende Kenntnis annehmen durfte. Vgl. BGH in BB 1957, 240; 1967, 1309.

Kapitalanlagegesellschaft ablehnen, da eine Kapitalanlagegesellschaft von ihrer Aufgabenstellung her als im Wertpapiergeschäft erfahren angesehen werden kann, insbesondere auch, weil der Aufsichtsrat nach § 4 I KAGG eine gewisse Sachkunde besitzen muß.

In den Komplex der Beratungspflicht spielt indes eine weitere Pflicht hinein, nämlich, gemäß § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG die Ansprüche der Anleger gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft geltend zu machen. Das besagt unter anderem, auf den Anlageinteressen der Anleger zuwiderlaufende Geschäfte und Anlagen hinzuweisen sowie gegebenenfalls gerichtlich gegen die Kapitalanlagegesellschaft vorzugehen. (606) Damit obliegt der Depotbank aus ihrem Depotbankvertrag eine vom allgemeinen Bankvertrag unabhängige Unterrichtungspflicht. (607)

Ersucht die Kapitalanlagegesellschaft jedoch die Depotbank aus eigener Initiative, bleibt es bei den Grundsätzen, die für den allgemeinen Bankvertrag gelten, (608) sofern nicht zugleich ein Fall des § 11 VIII KAGG gegeben ist.

Die deutsche Investmentpraxis hat aus dieser Unterrichts- und Beratungspflicht der Depotbank organisatorische Konsequenzen gezogen: Die meisten Kapitalanlagegesellschaften - sie domizilieren ohnehin bei ihren Depotbanken - haben mit diesen besondere Anlageausschüsse gebildet, in denen bereits die Dispositionen der Kapitalanlagegesellschaft vor ihrer Ausführung mit den Einwendungen und Auskünften der Depotbank koordiniert werden. (609)

Diese Anlageausschüsse erteilen also eine qualifizierte Aufgabe der Depotbank aus ihrem Depotbankvertrag; (610) sie sind daher Erfüllungsgehilfen der Depotbank im Verhältnis zur Kapitalanlagegesellschaft.

Soweit die Bank zu vertreten hat, daß sie im konkreten Fall eine **erforderliche** Belehrung des Kunden unterließ, kann sie sich nicht auf die Haftungsbeschränkung nach **Nr. 10** AGB berufen, weil diese Bestimmung die **pfllichtwidrige** Unterlassung einer Raterteilung nicht erfaßt. Vgl. BGH in BB 1967, 1309.

(605) Vgl. Nr. 11 AGB.

(606) S. u. S. 146 ff.

(607) Eine Freizeichnung entsprechend Art. 10 AGB ist danach unzulässig und also unbeachtlich. Vgl. dazu ausführlich Weber, Rdn. 71, S. 250; BGH in WM 1960 IV B, S. 1313. Vgl. a. Fußn. 326.

(608) S. o. S. 63.

(609) Insoweit wirkt sich die das deutsche Investmentgeschäft auszeichnende personelle Verbindung zwischen den Organen der Depotbank und denen der Kapitalanlagegesellschaft, insbesondere im Aufsichtsrat, förderlich aus.

(610) Vgl. auch u. S. 139 f.

10. Sonstige Pflichten

Die ~~vorgenannten~~ einzelnen Verwaltungsaufgaben sind die gesetzlich vorgesehenen Mindestanforderungen an die Depotbank hinsichtlich der arbeitsteiligen Fondsverwaltung. Das KAGG hindert die Kapitalanlagegesellschaft nicht, der Depotbank weitere Verwaltungspflichten zu übertragen, jedoch muß es bei der grundsätzlichen Teilung des dispositiv-geistigen und des materiell-technischen Verwaltungsbereiches bleiben. (611)

B. Die Ersatzverwaltung des Investmentfonds

Die Depotbank verläßt die ihr grundsätzlich zugeordnete Rolle des Verwaltungssubstituten (612) in den von §§ 122 KAGG erfaßten Fällen und bekommt dort ein eigenes, selbständiges Verwaltungsrecht über den Investmentfonds übertragen. Diese weitere Verwaltungspflicht, die in den Bereich der dispositiven, grundsätzlich der Kapitalanlagegesellschaft vorbehaltenen Zuständigkeit hineingreift, soll hier Ersatzverwaltung genannt werden. Inhalt der Ersatzverwaltung ist:

- die Übertragung der Fondsverwaltung auf eine andere Kapitalanlagegesellschaft (613)
- die Abwicklung des Inv. und die Verteilung des Fondsvermögens
- die Anleger (614)

1. Das Erlöschen des Verwaltungsrechts der Kapitalanlagegesellschaft

..... ist das Erlöschen des Verwaltungsrechts der Kapitalanlagegesellschaft. Der Investmentfonds besteht tritt teils kraft Gesetzes ein, teils infolge Kündigung der Investmentverträge seitens der Depotbank.

(611) Schäcker interpretiert die §§ 811, 111 KAGG in dem Sinne, "daß die Verwaltungs- und Verfügungsmacht über sämtliche Gegenstände des Sondervermögens, ... ausschließlich der Kapitalanlagegesellschaft zustehen soll." Die einschränkende Fassung der genannten Bestimmungen zeigt jedoch, daß die Verfügungsberechtigung über den Investmentfonds durch Gesetz und Vertragsbedingungen - als Teil des Depotbankvertrages - zwar generell arbeitsteilig auf Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft aufgeteilt ist, aber im übrigen, soweit dies die Konzeption von der arbeitsteiligen Verwaltung zuläßt, gemäß § 185 bzw. 398 BGB übertragen werde.

(612) S. o. S. 66, u. S. 180 ff.

..... KAGG

a. Kündigung der Verwaltung des Investmentfonds durch die Kapitalanlagegesellschaft

Nach § 12 I KAGG kann die Kapitalanlagegesellschaft die Verwaltung des Investmentfonds in globo kündigen, (615) während die Anleger nur zur Kündigung ihrer Investmentverträge gemäß § 10 II KAGG berechtigt sind. Im Gegensatz zum jederzeitigen Kündigungsrecht der Anleger (616) hat die Kapitalanlagegesellschaft die in den Vertragsbedingungen festgesetzte, zumindest über die gesetzliche Kündigungsfrist von drei Monaten nach § 12 I KAGG zu beachten.

Die Kündigung der Verwaltung des Investmentfonds bedeutet zugleich die Kündigung sämtlicher Investmentverträge gegenüber den Anlegern; sie hat daher nach § 12 I 1 KAGG durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger zu geschehen.

Mit Wirksamwerden der Kündigung würden die Pflichten der Kapitalanlagegesellschaft aus den Investmentverträgen an sich nicht enden. Sie hätte noch die Investmentverhältnisse nach den allgemeinen Grundsätzen für entgeltliche Geschäftsbesorgungsverhältnisse abzuwickeln. Im Interesse der Anleger hat das KAGG jedoch an das Wirksamwerden der Kündigung den völligen Verlust des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes der Kapitalanlagegesellschaft hinsichtlich des Investmentfonds geknüpft. (617)

b. Kündigung der Verwaltung des Investmentfonds durch die Depotbank

Nach § 12 IV KAGG hat die Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft das Recht, "hinsichtlich eines bei ihr verwahrten Sondervermögens für die Anteilinhaber deren Vertragsverhältnis mit der Kapitalanlagegesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen." (618) Mit Wirksamwerden der Kündigung erlischt das Verwaltungsrecht der Kapitalanlagegesellschaft. Damit sind gemäß § 13 I die Voraussetzungen für das Ersatzverwaltungsrecht der Depotbank gegeben.

In § 12 IV KAGG sind die Fälle, in denen die Depotbank die Investmentverträge der Anleger kündigen darf, (619) enumerativ aufgezählt. Es muß einer der folgenden Tatbestände bei der Kapitalanlagegesellschaft gegeben sein:

- Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens
- Erlass eines allgemeinen Verfügungsverbotes
- Eröffnung des Konkursverfahrens

(615) Der Gesetzgeber hat mit § 12 I KAGG ein einheitliches Verfahren geschaffen das an Stelle des sonst erforderlichen umständlichen Vorgehens nach §§ 675, 621, 132 II BGB und der ZPO tritt. Vgl. Dürre-Full, § 12 Erl. 1, S. 20.

(616) S.o.S. 96 f.

(617) Vgl. § 13 I KAGG. Vgl. Tormann-Siara, § 12 Anm. I, S. 52; Schäcker, S. 63. S.a.u. S. 168 f.,

(618) S. dazu u.S. 153.

(619) Vgl. zur Frage, für wen die Depotbank kündigt, u. S. 168 f

- Rechtskraft des Gerichtsbeschlusses über die Ablehnung der Eröffnung des Konkursverfahrens mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse

c. Auflösung der Kapitalanlagegesellschaft

Weitere Voraussetzung für das Erlöschen ihres Verwaltungsrechtes ist die Auflösung der Kapitalanlagegesellschaft. Eine Kapitalanlagegesellschaft, gemäß § 1 II KAGG notwendig in der Rechtsform der GmbH oder AG, kann aus verschiedenen Gründen aufgelöst werden. Einige der in §§ 60 I GmbHG, 262 AktG benannten Auflösungsgründe hat das KAGG in § 12 II, III KAGG übernommen; weitere Auflösungsgründe (620) sind durch § 12 IV KAGG in das Gesetz miteinbezogen. Jedoch führen nicht alle Auflösungsgründe zum Erlöschen des Verwaltungsrechtes der Kapitalanlagegesellschaft kraft Gesetzes.

- Auflösung durch Beschluß

Mit dem Beschluß der Auflösung wird die Kapitalanlagegesellschaft Abwicklungsgesellschaft. (621) Zu den Abwicklungsaufgaben würde auch die Kündigung der Investmentverwaltung zählen. Der Gesetzgeber war nun aber der Ansicht, daß eine Abwicklungsgesellschaft kein funktionstüchtiges Investmentunternehmen sei, und hat daher der Kapitalanlagegesellschaft schon zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Auflösungsbeschlusses das Verwaltungsrecht über den Investmentfonds mit § 12 III i. V. m. II KAGG entzogen. Wegen des entfallenden Verwaltungsrechtes wäre die Kapitalanlagegesellschaft jetzt nicht mehr in der Lage, der ihr als Abwicklungsgesellschaft obliegenden Kündigungspflicht bezüglich der Investmentverträge nachzukommen. Daher bestimmt § 12 II KAGG, daß ein Auflösungsbeschluß erst für den Zeitpunkt getroffen werden darf, in dem das Verwaltungsrecht der Kapitalanlagegesellschaft über ihre sämtlichen Investmentfonds erlischt. (622)

Die Kapitalanlagegesellschaft kann zwar nach ihrer Auflösung, jedoch vor ihrer Vollbeendigung, durch einen Fortsetzungsbeschluß wieder zur werbenden Gesellschaft werden. (623) Dadurch fällt das Verwaltungsrecht über die Investmentfonds aber nicht wieder an die Kapitalanlagegesellschaft zurück. (624) Sie kann es allenfalls mit Genehmigung der Bankaufsichtsbehörde von der Depotbank zurückübertragen erhalten. (625)

- Auflösung durch Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft

(620) Vgl. §§ 60 II, 61 ff. GmbHG; 262 II AktG; § 2 I Löschungsgesetz; § 7 KWG u. a.

(621) §§ 60 I Ziff 2, 66 GmbHG; 262 I Ziff. 2, 264 AktG.

(622) Damit ist § 12 II KAGG lex specialis zum **Gesellschaftsrecht**. Ein gegen diese Vorschrift verstößender Auflösungsbeschluß ist nichtig. Vgl. Tormann-Siara, § 12 Anm. II, S. 52; Gessler, S. 15; Schäcker S. 64.

(623) Vgl. RGZ 118, 338 ff. für die GmbH; § 272 AktG. für die AG.

(624) Gl. A. Schäcker, S. 64.

- Auflösung mit Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Konkursverfahrens abgelehnt wird.

Diese in § 12 III 1 KAGG genannten Tatbestände der §§ 6, 107 f. KO sind bereits nach § 60 I Ziff. 3, 4 GmbHG, § 262 I Ziff. 3, 4 AktG Auflösungsgründe für die Kapitalanlagegesellschaft. Zwar verlöre sie trotz § 6 KO nicht ihr Verwaltungsrecht bezüglich Investmentfonds, da diese gemäß § 12 III 2 KAGG eben nicht zur Konkursmasse gehören. (626) § 12 III 1 KAGG hat jedoch an diese weiteren Auflösungsstatbestände die gleiche Rechtsfolge wie im Falle der Auflösung durch Beschluß geknüpft. In diesen beiden Fällen des Verwaltungsrechtsverlustes wird die Kapitalanlagegesellschaft aus der Natur der Sache heraus regelmäßig nicht - entsprechend § 12 II KAGG - die Verwaltung aller Investmentfonds gemäß § 12 I KAGG rechtzeitig gekündigt haben. Daher hat der Gesetzgeber der Depotbank in ihrer Eigenschaft als Ersatzverwalter dieses Kündigungsrecht eingeräumt. (627)

- Auflösung durch sonstige Gründe -

Das KAGG erfaßt in § 12 IV KAGG auch die übrigen, in den vorhergehenden Abschnitten nicht benannten Tatbestände, welche die Kapitalanlagegesellschaft nach §§ 60 ff. GmbHG bzw. 262 AktG zur Auflösung bringen. Der Gesetzgeber hat diese Auflösungsgründe anders behandelt, indem er bei ihrem Eintreten das Verwaltungsrecht der Kapitalanlagegesellschaft nicht wie in § 12 I, II, III 1 KAGG kraft Gesetzes erlöschen ließ, sondern der Depotbank lediglich das Recht zur fristlosen Kündigung der Investmentverträge und damit das Recht zur rechtsgeschäftlichen Herbeiführung des Verwaltungsrechtsverlustes der Kapitalanlagegesellschaft einräumte. (628) Diese Regelung des KAGG erscheint wenig folgerichtig, wenn man sich z. B. am Fall der Auflösung der Kapitalanlagegesellschaft durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrag (in der Satzung) bestimmten Zeit nach §§ 60 I Ziff. 1 GmbHG bzw. 262 I Ziff. 1 AktG die verschiedene Behandlung der einzelnen Auflösungsstatbestände vergegenwärtigt. In diesem Fallbereich der sonstigen Auflösungsgründe hat die Depotbank das fristlose Kündigungsrecht nach § 12 IV KAGG. In den in § 12 II und III KAGG genannten Auflösungsfällen aber hätte sie bei der Abwicklung der Investmentfonds erst die Investmentverträge zu kündigen; dabei muß gleichfalls eine fristlose Kündigung möglich sein. (629) (630)

(625) § 13 II 2 KAGG. S. a. u. S. 131 f.

(626) Allerdings wäre die Durchführung weiterer Anlagegeschäfte nicht möglich, da sich die Kapitalanlagegesellschaft dazu gemäß § 9 II KAGG im eigenen Namen verpflichten müßte.

(627) Vgl. § 13 I, II 1 KAGG.

Zur Frage, ob dieses Kündigungsrecht wie in § 12 I KAGG oder fristlos ausgeübt werden kann. s. Fußn. 629.

(628) Vgl. Tormann-Siara, § 12 Anm. III, IV, S. 52; Dürre-Full, § 12 Erl. 2, 3, S. 20; Schäcker, S. 63-67.

(629) Argumentum a maiore ad minus aus § 12 IV KAGG.

(630) Die Systemwidrigkeit dieser Regelung in §§ 12 f. KAGG wird noch deutlicher,

Der ohnehin nicht sehr übersichtlich ausgearbeitete § 12 KAGG sollte also de lege ferenda einheitlicher gefaßt werden, wenn der Gesetzgeber der Ansicht ist, daß eine in Auflösung befindliche Kapitalanlagegesellschaft Anlaß bietet, daß um die Sicherheit der Anlegerinteressen bezüglich ordnungsgemäßer Verwaltung von Investmentfonds zu fürchten ist, so sollte er alle Auflösungsgründe gleich behandeln und den Verwaltungsrechtsverlust der Kapitalanlagegesellschaft jeweils kraft Gesetzes eintreten lassen.

2. Der Inhalt der Ersatzverwaltung

Als Ersatzverwalter ist die Depotbank allein zur Vertretung der Vermögensinteressen der Anleger befugt. Dieses Ergebnis verwundert, weil die Konzeption des Investmentgeschäftes nach dem KAGG gerade deshalb auf einer arbeitsteiligen Verwaltung von Investmentfonds beruht, da hierin ein bewahrter Schutz vor eventuellem Mißbrauch der der Investmentverwaltung gesehen wurde. (631)

a. Sonderrechtsnachfolge

Im gleichen Zeitpunkt, in welchem die Kapitalanlagegesellschaft ihre Verwaltungsbefugnis und ihre Rechtszuständigkeit am Investmentfonds verliert, geht die von ihr innegehaltene Rechtsstellung hinsichtlich des Investmentfonds kraft Gesetzes auf die Depotbank über (§ 12 I KAGG). Es erfolgt ein dinglicher Rechtsübergang, wobei bei der Miteigentumlösung das Verfügungsrecht über den Investmentfonds, (632) im Falle der Treuhandlösung das Eigentum bzw. die Forderungsberechtigung am Investmentfonds auf die Depotbank übergeht (633)

Wenn die Depotbank von ihrem fristlosen Kündigungsrecht gemäß § 12 IV KAGG keinen Gebrauch macht, Dann muß nämlich die Kapitalanlagegesellschaft die Verwaltung ihrer Investmentfonds nach §§ 66 GmbHG bzw. 262 AktG kündigen, und zwar im Gegensatz zur Depotbank ihrerseits unter Wahrung der dreimonatigen Frist des § 12 I KAGG. Es käme somit zu einer Doppelung des Kündigungsrechtes, wobei die Kapitalanlagegesellschaft in der Auflösung die Kündigungsfrist beachten, die Depotbank hingegen fristlos kündigen muß, wenn die Umstände dies erfordern. Und die in der Abwicklung begriffene Kapitalanlagegesellschaft kann dann nicht - wie die Depotbank in den in § 12 I-III KAGG genannten Auflösungsfällen - von der Kündigung absehen und die Fondsverwaltung mit Genehmigung der Bankaufsichtsbehörde auf eine andere Kapitalanlagegesellschaft übertragen; wohl aber kann sie ihr Verwaltungsrecht beibehalten, wenn sie aufgrund eines Fortsetzungsbeschlusses die Kündigung noch nicht veröffentlicht oder wirksam gemäß § 130 I 2 BGB widerrufen hat,

(631) Vgl. o. S. 5 u. 46. KAGG.

(632) § 13 I 2. Altern. KAGG,

(633) § 13 I 1. Altern. KAGG,

Es fragt sich, wie diese besondere Rechtsstellung der Depotbank in ihrer Funktion als **Ersatzverwalter** zu qualifizieren ist. Man könnte sie als eine Funktion kraft Amtes bezeichnen, wenn die Depotbank keine sonstige rechtliche Beziehung zur Kapitalanlagegesellschaft oder den Anlegern hätte. Die Depotbank erhält die Stellung des Ersatzverwalters jedoch nur, solange der Depotbankvertrag zwischen ihr und der ausscheidenden Kapitalanlagegesellschaft fortbesteht. Insofern ist der Depotbankvertrag Grundlage des Ersatzverwaltungsrechtes; das Erlöschen des Verwaltungsrechtes der Kapitalanlagegesellschaft und damit der Investmentverträge hat nämlich keine Auswirkung auf den Fortbestand der Pflichten aus dem Depotbankvertrag. (634)

Auf der anderen Seite ist daran zu denken, daß die Pflicht zur Ersatzverwaltung auf einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht der Anleger - § 167 BGB - beruht, welche diese mit dem Investmentvertrag an die Kapitalanlagegesellschaft zur Weiterübertragung geben. Da die Vollmacht abstrakt ist, hat das Erlöschen der Investmentverträge auf ihr Fortbestehen keinen Einfluß. (635) § 168 BGB muß dabei als abbedungen angesehen werden. (636) Es ist also möglich, daß die Depotbank ihre Verwaltungsbefugnisse über den Depotbankvertrag mit der Kapitalanlagegesellschaft aus den Investmentverträgen jener mit den Anlegern, d. h. also mittelbar von den Anlegern durch **Unterbeauftragung** herleiten kann. Inhalt jener rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung der Depotbank sind dann einmal die zwingenden Vorschriften des § 13 II KAGG; die Vollmacht bzw. Unterbevollmächtigung kann auch weitere Regelungen treffen, sofern sie dem § 13 II KAGG nicht entgegenstehen.

Das KAGG stellt aber nicht auf diese rechtsgeschäftliche Übertragung des Ersatzverwaltungsrechtes auf die Depotbank ab. Indem es mit § 13 I KAGG den dinglichen Rechtsübergang kraft Gesetzes stipuliert, geht das Gesetz bei der Umschreibung der Pflichten des Ersatzverwalters in § 13 II KAGG bereits vom Übergang des Verwaltungsrechtes kraft Gesetzes aus. (637) Damit beinhaltet § 13 I KAGG, daß die Depotbank im Augenblick des Erlöschens der Investmentverträge nach § 12 I, III KAGG und zufolge der Kündigung gemäß § 12 IV KAGG an die Stelle der Kapitalanlagegesellschaft tritt. Die Depotbank erhält also mit § 13 I KAGG nicht nur die Rechtszuständigkeit der Kapitalanlagegesellschaft im **Außenverhältnis** von Geblieben wegen, sondern auch deren sogenanntes dispositives Verwaltungsrecht. (638)

(634) Vgl. Palandt-Gramm, § 671 Anm. 4 u. § 672 Anm. 1 a. E.; s. a. O. S. 189

(635) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 167 Anm. 1

(636) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 168 Anm.

(637) So wie das Gesetz an verschiedenen Stellen das Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft als pars pro toto der gesamten Rechtszuständigkeit am Investmentfonds sieht, hat sich der Gesetzgeber auch in § 13 I KAGG damit begnügt, lediglich den Übergang der Rechtszuständigkeit auf die Depotbank zu nennen, nicht aber die das Innenverhältnis betreffende Verwaltungsbefugnis. Gl. A Dürre-Full, § 13 Erl. q, S. 21. Ebner von Eschenbach, S. 113.

(638) Tormann-Siara, § 13 Anm. II, scheinen zu übersehen, daß der Übergang kraft § 13 I KAGG Aussen- wie Innenverhältnis betrifft.

§ 13 I KAGG hat daher eine neue Art Sonderrechtsnachfolge geschaffen. (639) Es handelt sich indes um eine eingeschränkte Sonderrechtsnachfolge, da aus dem Wesen der Ersatzverwaltung als Übergangsstadium folgt, daß der Befugnisbereich der Depotbank beschränkteren Umfang hat als in Händen der Kapitalanlagegesellschaft unter dem Regime der arbeitsteiligen Fondsverwaltung. Weiter ist auch die Haftungslage eine andere als in den sonstigen Fällen von Sonderrechtsnachfolge im Privatrecht. (640)

b. Verbot des Neuabschlusses von Investmentverträgen

Die Depotbank darf in ihrer Eigenschaft als Ersatzverwalter des Investmentfonds keine neuen Investmentverträge mehr abschließen. (arg. § 13 II 1 KAGG). Allerdings hat sie von der Kapitalanlagegesellschaft wirksam abgeschlossene, aber noch nicht erfüllte Investmentverträge insoweit auszuführen, als die Anteilscheine noch nicht ausgeliefert worden sind. (641)

c. Verbot der Rücknahme von Anteilscheinen

Das KAGG schweigt über das Verhältnis des jederzeitigen Rückgaberechtes der Anleger nach § 10 II KAGG zur grundsätzlichen Abwicklungspflicht der Depotbank. (642)

Auch wenn das Ersatzverwaltungsrecht der Depotbank das Erlöschen aller Investmentverträge zur Voraussetzung hat, ist damit das Rückgaberecht der Anleger dem Wesen nach noch nicht verbraucht. Denn seine Ausübung beinhaltet neben der - hier nicht mehr möglichen - Kündigung des individuellen Investmentvertrages auch die Geltendmachung des Auszahlungsanspruches hinsichtlich des Anteilgegenwertes. Indes fiel die Geltendmachung individueller Auszahlungsansprüche der Abwicklung des gesamten Investmentfonds für gemeinschaftliche Rechnung aller Anleger in den Arm; denn unabhängig von der Art der Durchführung der Liquidation würde der sein Rückgaberecht geltendmachende Anleger eher befriedigt werden müssen als die übrigen Anleger der Abwicklungsgemeinschaft. Das Interesse der Abwicklungsgemeinschaft aber erheischt die Auszahlung des Liquidationserlöses des Investmentfonds an die einzelnen Anleger zu gleichen Bedingungen.

(639) Dürre - Full, § 13 Erl. 1, S. 21, sprechen von Gesamtrechtsnachfolge, Wendt, S. 137, von abgeleiteter Rechtsmacht.

(640) S. dazu u. S. 130, 185, 189 ff.

(641) S. u. S. 130.

(642) Vgl. aber Art. 29 I AFG, der ausdrücklich die Rücknahme und Neuausgabe von Anteilscheinen verbietet, wenn der Fonds aufgelöst oder von der Fondsleitung oder der Depotbank gekündigt wird.

Dieser Fall der **Abwicklungsgemeinschaft** darf nicht mit der Interessenlage bei fortbestehendem **Verwaltungsrecht** der Kapitalanlagegesellschaft verwechselt werden, wo eine Rücksichtnahme auf die Interessen des im Investmentfonds verbleibenden Anlegerkollektivs bei der Ausübung eines individuellen Rückgaberechtes abgelehnt wurde. (643) Anders im Falle der Abwicklung: hier negiert das KAGG das Individualinteresse der Anleger, wenn es der Depotbank die grundsätzliche Pflicht auferlegt, "das Sondervermögen abzuwickeln und an die Anteilinhaber zu verteilen" (§ 13 II 1 KAGG); es fingiert im Augenblick des Erlöschens des Verwaltungsrechtes der Kapitalanlagegesellschaft ein gleichgerichtetes Interesse der Anlegergemeinschaft, und zwar auf Auszahlung bzw. - im Falle der anderen Alternative des § 13 II KAGG - auf Übertragung der Verwaltung auf eine andere Kapitalanlagegesellschaft.

§ 13 II KAGG muß daher als *lex specialis* zu § 10 II KAGG gewertet werden. Im Augenblick des Erlöschens des Verwaltungsrechtes der Kapitalanlagegesellschaft ruht das Recht des Anlegers auf individuelle Geltendmachung seines Auszahlungsanspruches, er hat lediglich einen entsprechenden Anspruch auf Auszahlung des Liquidationserlöses, und zwar in dem Maße, wie die Abwicklung voranschreitet. (644)

Eine Rücknahme von Anteilscheinen muß jedoch noch dann durchgeführt werden, wenn die Kündigung des individuellen Investmentvertrages noch zu Zeiten der Verwaltungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft wirksam geworden ist.

d. Beschränktes Dispositionsrecht über den Investmentfonds

Das KAGG fasst die Ersatzverwaltung des Investmentfonds durch die Depotbank als nur vorübergehend auf; denn die Depotbank hat unverzüglich den Investmentfonds abzuwickeln und zu verteilen bzw. dessen Verwaltung und Rechtszuständigkeit auf eine andere Kapitalanlagegesellschaft zu übertragen. In der Zwischenzeit aber obliegt der Depotbank aufgrund ihres Depotbankvertrages die Pflicht zur laufenden Verwaltung des Investmentfonds. (645) Da das der Depotbank kraft Gesetzes zustehende dispositive Verwaltungsrecht über den Investmentfonds nicht der eigentlichen Kapitalanlage, sondern den spezifischen, vorgenannten Zwecken des § 13 II KAGG dienen soll, ist sein Inhalt allerdings ein anderer.

Im Gegensatz zur Kapitalanlagegesellschaft darf die Depotbank keine neuen Anlagen erwerben, mit anderen Worten also keine aktive Anlagepolitik treiben. (646) Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen kann man dieses beschränkte Dispositionsrecht der ersatzverwaltenden Depotbank auch passives Dispositionsrecht nennen.

(643) S. o. S. 98.

(644) Vgl. dazu u. S. 134 f.

Zur Regelung im AktG s. u. S. 256 f.

(645) A. A. Tormann-Siara, § 13 Anm. II

(646) Vgl. § 13 II KAGG.

Wohl aber müssen alle Rechtsgeschäfte zulässig sein, die in rechtlichem Zusammenhang mit Gegenständen des Investmentfonds stehen und deren Unterlassung dem wirtschaftlichen Interesse der Anleger schädlich wäre. (647)

Zulässig sind danach folgende Rechtsgeschäfte:

- Die Depotbank hat an die ausgeschiedene Kapitalanlagegesellschaft nach § 11 VII 1 KAGG die laufende Vergütung und den Aufwendersatz zu zahlen die bis zum Zeitpunkt des Verwaltungsrechtsverlustes entstanden sind.
- Was die eigenen Zahlungen aus dem Investmentfonds bezüglich Vergütung und Aufwendersatz der Depotbank anbelangt, ist die in § 11 VII 2 KAGG geforderte Zustimmung der Kapitalanlagegesellschaft nicht erhaltbar, da die Kapitalanlagegesellschaft nach §§ 13 I KAGG auch das diesbezügliche Verwaltungsrecht verloren hat. Man wird der Depotbank zubilligen müssen, diese Beträge selbständig entnehmen zu dürfen, und zwar so lange, wie sie gemäß § 13 KAGG tätig ist.
- Sie hat alle Rechtsgeschäfte zu erfüllen, welche die Kapitalanlagegesellschaft während ihrer Verwaltungszuständigkeit zulässigerweise abgeschlossen hat; das sind Erfüllung von Anlagegeschäften, Ausgabe bzw. Rücknahme von Anteilscheinen zu den mit der Kapitalanlagegesellschaft noch wirksam abgeschlossenen bzw. ihr gegenüber gekündigten Investmentverträgen.
- Die Depotbank hat entsprechend § 9 I 1-3 KAGG die im Investmentfonds enthaltenen Stimmrechte auszuüben.

Delikater ist die Frage des dispositiven Verwaltungsrechtes der Depotbank im Falle der Gewährung von Bezugsrechten. Denn die Ausübung oder der Verkauf von Bezugsrechten ist offensichtlich eine sogenannte aktive Anlageentscheidung. Andererseits liegt der Rechtsgrund für die Entstehung der Bezugsrechte bereits in einer Anlagedisposition der Kapitalanlagegesellschaft. Es handelt sich daher um eine Erfüllung im weiteren Sinne. Zubeußen und nachzuleistende Einlagen für Kuxe und nicht eingezahlte Aktien des Investmentfonds haben zwar ebenfalls ihren Rechtsgrund in einem Anlagegeschäft der Kapitalanlagegesellschaft, jedoch schreibt § 9 IV KAGG die ausschließliche Haftung der Kapitalanlagegesellschaft für diese Beträge vor; ein Recht auf Aufwendersatz aus dem Investmentfonds ist ausgeschlossen. Diese Vorschrift gilt auch bei Verlust des Verwaltungsrechtes der Kapitalanlagegesellschaft weiter. Demzufolge ist es der Depotbank untersagt, diese Beträge aus dem Investmentfonds zu zahlen. Sollte die Kapitalanlagegesellschaft auf Anforderung der Depotbank nicht zahlen (648) oder ist sie bereits liquidiert, so obliegt der Depotbank gemäß §§ 13 I, 9 I KAGG die Pflicht zur Veräußerung der entsprechenden Wertpapiere, da der Abandon oder die Kaduzierung dieser

(647) §§ 13 I i. V. m. 9 I KAGG.

(648) Nach § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG hat die Depotbank ihren Zahlungsanspruch gegebenenfalls gerichtlich geltend zu machen. S. dazu. u. S. 146 ff.

Vermögenswerte die Vermögenslage des Investmentfonds auf jeden Fall schlechter gestalten würde.

Die Depotbank hat diese zulässigen dispositiven Verwaltungsgeschäfte im eigenen Namen zu führen, dabei die Interessenwahrungspflicht des § 9 I KAGG zu beachten und haftet aus ihnen wie die Kapitalanlagegesellschaft mit dem eigenen Vermögen nach § 13 I i. V. m. § 9 II KAGG. Sie kann entsprechend §§ 9 III, 11 VII KAGG den ihr zustehenden Aufwendersatz aus dem Investmentfonds entnehmen. (649)

Dieser keineswegs vollständige Katalog weist auf die Fülle der der Depotbank nach § 13 KAGG übertragenen Verantwortung hin, welcher die Depotbank im Rahmen des gewöhnlichen Investmentgeschäftes niemals ausgesetzt ist. Es ist daher empfehlenswert, de lege ferenda in dieser gegebenenfalls für die Vermögenslage des Investmentfonds wichtigen Phase eine zusätzliche Entlastungs- bzw. Kontrollinstanz einzuführen. (650)

e. Übertragung der Verwaltung des Investmentfonds auf eine andere Kapitalanlagegesellschaft

Nach § 13 II 2 KAGG hat die Depotbank als Ersatzverwalter des Investmentfonds statt der Liquidation die Möglichkeit, den Fonds fortzuführen, wobei sie jedoch die dispositive Verwaltungsbefugnis nach Maßgabe der bisherigen Vertragsbedingungen auf eine andere Kapitalanlagegesellschaft zu übertragen hat. Die Depotbank ist hierzu verpflichtet, wenn dies dem gemeinschaftlichen Interesse der Anleger dienlich ist. (651) Das Fortsetzungsinteresse ist unwiderlegbar zu vermuten, solange die Fortführung wirtschaftlich sinnvoll ist und die Investmentverträge nichts Gegenteiliges ausdrücken; das folgt aus dem "open end"-Prinzip.

Der Entscheid für die Fortführung des Investmentfonds und die Auswahl der neuen Kapitalanlagegesellschaft bedürfen der Genehmigung der Bankausichtsbehörde. (652) Die Übertragung der dispositiven Verwaltungsbefugnis nach § 13 II 2 KAGG muss folgerichtig von der Übertragung des Verfügungs- bzw. des Eigentums- und Gläubigerrechts an den Gegenständen des Investmentfonds begleitet sein. Sie ist das rechtsgeschäftliche Gegenstück zum gesetzlichen Übergang dieser Rechtsstellung auf die Depotbank kraft § 13 I KAGG. (653)

Die Übertragung der Verwaltungsbefugnisse i. S. d. § 13 II 2 KAGG beinhaltet zunächst eine Übertragung der Verfügungs- bzw. der Eigentums- und Gläubigerrechte an sämtlichen Gegenständen des Investmentfonds gemäß §§ 929 ff., 398 BGB, alsdann eine Beauftragung der neuen Kapitalanlagegesellschaft zur Tätigkeit nach den Vertragsbedingungen der alten Investmentverträge; fraglich ist, wie die Depotbank letzterer Übertragungspflicht nachkommen kann.

Das Schutzinteresse der Anleger würde nicht beeinträchtigt, wenn die Depotbank

(649) Zweckmässigerweise wickelt die Depotbank diese Geschäfte unmittelbar über die Sperrkonten bzw. -depots ab.

(650) Vgl. die Einrichtung des Sachwalters im schweizerischen AFG, S. u. S. 208.

(651) § 13 I i. V. m. § 9 I KAGG.

(652) § 13 II 2 KAGG. S. hierzu u. S. 308 ff.

(653) Im Ergebnis ebenso Tormann-Siara, § 13 Anm. II.

kraft der gesetzlichen Ermächtigung nach § 13 I, II KAGG im eigenen Namen die neue Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung der Anleger beauftragte. Denn mit einem solchen Vertrag zugunsten Dritter i. S. d. § 328 BGB entspräche die wirtschaftliche Stellung der Anleger der im Gesetz gewollten. Aber die Rechtsstellung der Anleger wäre bei diesem Vorgehen eine andere, weil die Anleger dann nicht mehr in direkter vertraglicher Beziehung zu ihrer Kapitalanlagegesellschaft stünden. Mit der Übertragung der Verwaltungsbefugnisse und der Rechtszuständigkeit nach § 13 II KAGG soll erreicht werden, daß die Anleger wieder Investmentvertragsparteien sind und daß die Depotbank die ihr grundsätzlich zugedachte Rolle wieder einnimmt. § 13 II 2 KAGG beinhaltet daher die Pflicht, im Namen der Anleger mit der neuen Kapitalanlagegesellschaft neue Investmentverträge nach Maßgabe der bisherigen Vertragsbedingungen zu schließen (164 BGB).

Die Befugnis der Depotbank zu dieser Vertretung der Anleger ist eine gesetzliche; (654) sie kann indes nach den oben dargelegten Grundsätzen auch von den Anlegern vertraglich durch die Investmentverträge und den darin enthaltenen Auftrag an die Kapitalanlagegesellschaft zur Bevollmächtigung der Depotbank übertragen sein. (655) Dies ist bedeutsam, weil die Anleger auf diese Weise ihr Interesse, das die Depotbank gemäß §§ 13 I, 9 I KAGG zu beachten hat, konkretisieren können bzw. die Depotbank als Mitunterzeichnerin der Vertragsbedingungen dieses Interesse praktisch selbst formulieren kann. (656)

f. Abwicklung und Verteilung des Investmentfonds

Nach § 13 II 1 KAGG muß die Depotbank in den Fällen, in welchen sie die Genehmigung der Bankaufsichtsbehörde zur Fortführung des Investmentfonds nicht erhält oder in denen sie davon auf **eigenen Entschluss** hin absieht, den oder die Investmentfonds abwickeln und an die Anleger verteilen. Das KAGG gibt keine Anweisung für die Liquidation eines Investmentfonds. Im Schrifttum werden verschiedene Wege analoger Anwendung anderer die Abwicklung von Sondervermögen betreffender Vorschriften angeboten.

Ebner von Eschenbach (657) wendet §§ 47 ff. BGB ergänzend an. Tormann-Siara (658)

(654) Gl. A. Ebner von Eschenbach, S. 118; wohl auch Wendt, S. 140 S. a. u. S. 148.

(655) Vgl. o. S. 127.

(656) Die deutsche Investmentpraxis kennt bisher 2 Fälle der Beauftragung einer neuen Kapitalanlagegesellschaft.

Die Vertragsbedingungen der Union-Investment GmbH, Frankfurt/Main, sehen in § 15 II 3 hinsichtlich des "Unifonds" die Konsultierung einer Anteilhaberversammlung seitens der Depotbank vor. § 11 II 3 der Vertragsbedingungen für den "Brauerei-Fonds" der Internationalen Kapitalanlagegesellschaft mbH, Essen, lautet: "Der Aufsichtsrat der Gesellschaft kann mit Zustimmung der Depotbank und der Bankaufsichtsbehörde beschließen, ob und gegebenen-

schließt aus dem gleichfalls im Aktienrecht vorkommenden gesetzestechnischen Ausdruck "abwickeln" auf die §§ 264 ff. AktG. Reuter (659) geht von dem Gedanken aus, daß die Gemeinschaft der Anleger der wirtschaftliche Träger des Investmentfonds sei und greift daher auf die §§ 741 ff. BGB zurück, namentlich § 752 S. 1 BGB. Baum (660) und Schäcker (661) wenden die Vorschriften für die Abwicklung von Kapitalgesellschaften - §§ 264 ff. AktG, 70 ff. GmbHG - entsprechend an. Demgemäß kommen die Autoren zur Gestattung der Aufteilung der Vermögenswerte des Investmentfonds in Natur oder nicht. Eine analoge Herbeiziehung anderer spezieller Regelungen ist aber nur statthaft, wenn die konkrete, zur Untersuchung anstehende Gesetzesnorm selbst keine Auslegungsmöglichkeit bietet.

Das Investmentwesen basiert auf dem Gedanken der Kapitalanlage eines Kollektivs von Anlegern in einen Fonds zwecks sachverständiger Anlage durch das Investmentunternehmen. (662) Die Beendigung dieser besonderen Art von Vermögensverwaltungsverträgen ist seit jeher durch das jederzeit ausübbare sogenannte "right of redemption" ermöglicht worden, (663) welches das KAGG in § 10 II KAGG übernommen hat. Das Investmentgeschäft hat sich dabei auf die Auszahlung in Geld beschränkt, parallel zu dem Tatbestand des seine Kapitalanlage liquidierenden Direktinvestors, der als Liquidationsergebnis Geld erhält.

aa. Keine Teilung in Natur

Nach dem Grundgedanken des Investmentgeschäftes wäre eine Teilung in Natur bei der Liquidierung eines Investmentfonds nur zulässig oder gar ausschließlich geboten, wenn der Unterschied des Ausscheidens einzelner Anleger durch Ausübung des Rückgaberechtes vom zwangsmässigen Ausscheiden bei der Abwicklung des Investmentfonds dies rechtfertigte. Es ist aber kein wesensmässiger Unterschied festzustellen,

falls welcher anderen Kapitalanlagegesellschaft die Verwaltung des Sondervermögens nach Erlöschen des Verwaltungsrechts übertragen wird. " Letzterer Fall erscheint sehr bedenklich, weil die Kapitalanlagegesellschaft, die nach § 13 I KAGG ihre gesamten Verwaltungsbefugnisse hinsichtlich des Fonds verloren hat, in dieser Regelung dennoch eine gewisse Entscheidungsbefugnis zugewilligt erhält. Soweit der Aufsichtsrat der Kapitalanlagegesellschaft, ein Organ der GmbH, zur Übertragung berufen ist, muß daher die Gesetzmäßigkeit dieser Regelung bezweifelt werden. Was die Konsultierung der Anleger betrifft, ist diese Vertragsregelung zu begrüßen, weil so das tatsächliche Anlegerinteresse erforscht werden kann.

(657) Ebner von Eschenbach, S. 137.

(658) Tormann-Siara, § 13 Anm. II, S. 53.

(659) Reuter, S. 126.

(660) Baum, S. 146.

(661) Schäcker, S. 66.

(662) S. o. S.

(663) Vgl. v. Caemmerer, S. 46.

zumal da die Rücknahme von Anteilscheinen gegebenenfalls Liquidierungsgeschäfte erfordert. Einerseits würde eine Teilung in Natur gegen das Prinzip der Risikoteilung verstoßen. Denn der Anleger, dem im Wege der Naturalteilung möglichst weitgehend Effekten in die Hand gegeben werden sollen, erhält damit gerade das Gegenstück der Risikomischung, nämlich eine kleinere oder größere Anzahl weniger Effekten, d. h. eine Kapitalanlage o h n e Risikomischung. Andererseits kann die Teilung in Natur kaum als Verteilen i. S. d. § 13 II KAGG bezeichnet werden, stellt sie doch nicht einmal eine Vollabwicklung dar. Denn der Anleger, dem bei der Teilung in Natur effektive Stücke aus dem Investmentfonds übertragen werden, wird nun selbst - an Stelle der Depotbank - die endgültige Liquidierung seiner Kapitalanlage vornehmen müssen. Damit wäre aber gegen den Zweck des Investmentgeschäftes verstoßen, bei dem der Anleger gerade die gesamte Kapitalverwaltung in weitestem Sinne aus den Händen gibt. Vor allem aber bedeutet diese Verfahrensweise einen Verstoß gegen die besondere Vorschrift des § 13 II 1 KAGG, die diese Fremdverwaltung ausdrücklich und ausschließlich der Depotbank zuweist, somit also nicht eine Arbeitsteilung in der Abwicklung des Investmentfonds zwischen Depotbank und Anlegern gestatten kann. Daraus folgt als erstes Ergebnis, daß die Anleger nach Abschluß der Abwicklung ausschließlich in Geld ausbezahlt sind. Es gilt indes auch hier der hinsichtlich des Auszahlungsanspruches aus § 10 II KAGG dargelegte Gedanke, daß ausnahmsweise aus dem Rechtsgedanken des § 242 BGB eine Teilung in Natur geboten ist. (664/665)

bb. Modalitäten der Abwicklung und der Verteilung

Die Auslegung der Abwicklungs- und Verteilungspflicht aus dem Sinn und Zweck des gesamten Gesetzes heraus erlaubt im einzelnen folgende Feststellungen: Die Abwicklungspflicht ist eine Verwaltungspflicht, die an sich die Kapitalanlagegesellschaft hätte erfüllen müssen, wenn sie der Gesetzgeber nicht auf die Depotbank übertragen hätte. Für die Depotbank müssen daher bezüglich der Abwicklung des Investmentfonds die Grundsätze seiner Verwaltung durch die Kapitalanlagegesellschaft gelten. Insbesondere gibt § 9 I 1 KAGG einen Hinweis für die Abwicklungspflicht: die Abwicklung des Investmentfonds hat im Interesse der Anleger zu erfolgen. Da für die Anleger infolge des Erlöschens der Verwaltungsbefugnisse der Kapitalanlagegesellschaft keine Anlageentscheide nach den Investmentverträgen getroffen werden können, erfordert das Interesse der Anleger, daß das nun "ruhende" Fondsvermögen unverzüglich, gleichwohl aber interessewährend veräußert oder eingezogen wird, damit den Anlegern liquides Kapital zur erneuten Kapitalanlage zur Verfügung gestellt werden kann.

Der Vergleich mit der Auszahlungspflicht der Kapitalanlagegesellschaft nach § 10 II KAGG weist folgenden wesentlichen Unterschied auf: § 10 II KAGG statuiert die

(634) Reuter, S. 129, führt als weiteres Argument für die Erforderlichkeit der Teilung in Natur den Gedanken ins Feld, daß eine völlige Liquidierung des Investmentfonds vor seiner Verteilung zu einem Kursdruck der Fondswerte führen würde, die Anleger also bei der hier vertretenen Lösung schlechter davonkämen.

Pflicht zur unverzüglichen Auszahlung des Gegenwertes und verpflichtet folglich die Kapitalanlagegesellschaft zur Haftung mit dem eigenen Vermögen.

Nach § 13 II 1 KAGG hat der Anleger ebenfalls seinen Verteilungsanspruch gegen die Depotbank geltend zu machen; obwohl sie dabei gemäß § 13 I KAGG gleichfalls im eigenen Namen handelt, haftet sie dennoch nicht mit ihrem eigenen Vermögen. Haftungssubstrat ist allein der Investmentfonds, den sie zu verteilen hat.

Das Prinzip der Interessenwahrung zugunsten der Anleger - § 9 I KAGG - strahlt auch auf die Verteilungspflicht selbst aus. Es ist zu unterstellen, daß die Liquidierung eines Investmentfonds nicht mit der Veräußerung der Anlagen beendet ist. Zeitraubend wird sich die Einziehung von Forderungen erweisen, insbesondere, wenn dazu Ersatzansprüche gegen die ausgeschiedene Kapitalanlagegesellschaft - § 11 III a Ziff. 1 KAGG - zählen. In der Regel aber wird der zu erwartende Gesamterlös aus der Abwicklung eines Investmentfonds der Depotbank schon zu seinem überwiegenden Teil mit der Veräußerung der eigentlichen Anlagen auf einem Sperrkonto des Investmentfonds zur Verfügung stehen. Damit muß die Depotbank aus dem Gesichtspunkt der Interessenwahrnehmung zugunsten der Anleger schon in diesem Zeitpunkt eine Teilausschüttung des Abwicklungsergebnisses vornehmen. Das kann z. B. wie bei der Gewinnausschüttung durch Einreichung eines Gewinnanteilscheines geschehen. Die Restquote braucht dann, wenn sie sich nicht auf eine vergleichsweise erhebliche Summe beläuft, (666) erst nach Abschluß der Abwicklung unverzüglich an die Anleger verteilt werden.

Diese Überlegungen zeigen, daß es nicht nötig ist, Normen anderer, spezieller Abwicklungsregelungen zur Lückenausfüllung des KAGG heranzuziehen. Das KAGG selbst bietet genügend Anhaltspunkte zur Auslegung dieser Pflicht des § 13 II 1 KAGG.

9. Abschluß eines neuen Depotbankvertrages

Wenn die Depotbank von der Möglichkeit des § 13 II 2 KAGG Gebrauch macht, die Investmentfondsverwaltung auf eine neue Kapitalanlagegesellschaft zu übertragen hat diese neue Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 11 I 1 KAGG eine Depotbank hinzuzuziehen. Man kann davon ausgehen, daß die ersatzverwaltende und das Verwal-

Die Tatsache eines gewissen Kursdruckes, der sich unter Zugrundelegung der derzeitigen deutschen Börsenpraxis zweifelsohne einstellen dürfte, ist allein kein Grund, der rechtlich für eine Teilung in Natur spricht, noch weniger aber kann sie unter die hier mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) erfaßten Sachlage subsumiert werden. Während nämlich bei der völligen Liquidierung eines Investmentfonds die - regelmäßig größeren - Posten bei den Banken durchgehandelt werden können, muß sich die Vielzahl der Anleger, auf welche diese Pakete bei Teilung in Natur aufgestückt würden, einzeln um die Veräußerung der jeweiligen Papiere kümmern.

Dabei wird nun aber mit großer Wahrscheinlichkeit mehr Material an die Börsen gehen als beim Pakethandel im Falle der vollen Liquidation. Das Argument des Kursdruckes spricht daher geradezu gegen eine Teilung in Natur: bei norma-

tungsrecht übertragende Depotbank sich bei der Auswahl des neuen Investmentunternehmers ausbedungen hat, daß sie weiterhin Depotbank bleibt.

Diese Ausbedingung kann nicht als auflösende Bedingung des Übertragungsvorganges aufgefaßt werden. Denn nach § 12 I KAGG ist als einzige zulässige Aufhebungsart der Investmentfondsverwaltung durch rechtsgeschäftliches Verhalten der Kapitalanlagegesellschaft die Kündigung genannt.

Somit ist die Möglichkeit abgeschnitten, durch ein Unterlassen der Kapitalanlagegesellschaft die gleiche Wirkung eintreten zu lassen. Aber auch wenn man § 12 I KAGG auf diese Sachlage nicht unmittelbar anwenden will, dann aber ihm entsprechend eine mindestens dreimonatige befristete **Auflösungsklausel** bei der Übertragung für zulässig hielte, muß diese Überlegung aus einem anderen Grunde scheitern. Das KAGG hat die Aufhebung des Verwaltungsrechtes einer Kapitalanlagegesellschaft durch die Depotbank in enumerativ umrissenen Fällen zugelassen. Dazu zählt jedoch nicht der Fall, daß die neue Kapitalanlagegesellschaft mit der Depotbank nicht kontrahiert oder sie später auswechselt. Denn diese Möglichkeit bedeutet in der Praxis eine Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz der Kapitalanlagegesellschaft. Daraus folgt, daß die Depotbank die Übertragung der Fondsverwaltung nach § 13 II 2 K KAGG nur unbedingt vornehmen kann.

Hingegen wird die Depotbank mit der erwähnten Kapitalanlagegesellschaft einen auf-schiebend bedingten Depotbankvertrag schließen, wobei die Genehmigung der Übertragung des Verwaltungsrechtes durch die Bankaufsichtsbehörde die Bedingung darstellt; zu gleichem Ergebnis kann die Depotbank übrigens durch einen Vorvertrag kommen. A Andererseits ist es ebenfalls zulässig, daß die Depotbank vom Recht des § 13 II 2 KAGG Gebrauch macht, dabei allerdings auch die eigene, depotbankmäßige Verwaltungszuständigkeit aus der Hand gibt. Dann wird der Übertragungsvertrag mit der neuen Kapitalanlagegesellschaft freilich erst die aufsichtsbehördliche Genehmigung erhalten, wenn die Beauftragung einer neuen Depotbank gesichert ist.

Im übrigen kann die Depotbank den alten Depotbankvertrag mit der Kapitalanlagegesellschaft, die ihr Verwaltungsrecht verloren hat, jederzeit kündigen, sobald die Rechtsfolge des § 13 I KAGG eingetreten und die Depotbank ihre Ersatzverwalteraufgaben erfüllt hat. (667)

len Marktverhältnissen verbietet das Interesse der Anleger an einem möglichst hohen Liquidationserlös die Teilung in Natur.

(665) A. A. Wendt, S. 139.

(666) In diesem Fall sind u. U. mehrfache Zwischenzahlungen geboten.

(667) S. hierzu u. S. 169.

C. Die Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft

Zweiter wesentlicher Aufgabenbereich der Depotbank aus ihrem Depotbankvertrag ist die Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft. Die Kontrollpflicht obliegt der Depotbank kraft Gesetzes in dem hier darzulegenden Ausmaß; sie kann jedoch nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit verschärft werden. (668)

Das KAGG teilt der Depotbank bemerkenswerterweise die Kontrollpflicht nicht ausdrücklich zu. Sie ergibt sich hingegen aus der Funktion der Depotbank im Investmentgeschäft sowie aus der Stellung einzelner gesetzlicher Vorschriften. (669)

Die Depotbank hat durch ihre gesetzlich vorgeschriebene Mindestbeteiligung bei der Durchführung der Fondsverwaltung - § 11 III, IV KAGG - die tatsächlichen Möglichkeiten, die einer Depotbank historisch zukommende Aufgabe (670) durchzuführen, welche der Gesetzgeber in § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG folgendermaßen umschrieben hat: "Die Depotbank ist berechtigt und verpflichtet, im eigenen Namen Ansprüche der Anteilhaber gegen die Kapitalanlagegesellschaft, ... geltend zu machen." Die Ansprüche der Anleger sind ihre durchsetzbaren Rechte gegen die Kapitalanlagegesellschaft aus ihren Investmentverträgen. Weil die Depotbank aber erst aus einem ihr zustehenden Kontrollrecht die ordnungsgemäße Erfüllung der Anlegeransprüche überprüfen und gegebenenfalls ihre Nicht- oder Schlechterfüllung geltend machen kann, läßt sich schon aus § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG auf ein die gesamte Geschäftstätigkeit der Kapitalanlagegesellschaft in Zusammenhang mit der Verwaltung des Investmentfonds umfassendes Überwachungsrecht der Depotbank schließen. (671) Zur Stützung dieser Auslegung ist auf einzelne im KAGG benannte Kontrollaufgaben zu verweisen: § 11 VI KAGG verpflichtet die Depotbank zur Überwachung des Eingangs aller zum Investmentfonds gehörenden Vermögenswerte, (672) § 11 VII KAGG überträgt ihr die Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft hinsichtlich Entnahmen für eigene Rechnung, § 11 V KAGG schließlich büdet der Depotbank die Kontrolle des Kurslimits bei den Anlagegeschäften auf. (673) Mit diesen im Gesetz konkret genannten Überwachungspflichten sind jedoch Inhalt und Umfang der Kontrollpflicht und -befugnis der Depotbank nicht abschließend umrissen.

(668) Von dieser Möglichkeit dürfte in der Investmentpraxis wohl nur Gebrauch gemacht werden, wenn eine gewisse **Unabhängigkeit** zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft herrscht.

Zur Verschärfung der Kontrollpflicht vgl. a. Art. 18 III AFG.

(669) Vgl. Tormann-Siara, § 11 Anm. I, III, S. 49; Dürre, in Sparkasse 1957, S. 133; Schäcker, S. 123; Baum, S. 148; vom Berge und Herrendorf, S. 83; Huber, S. 139; Wendt, S. 62.

(670) Vgl. zur Institution der Depotbank im anglo-amerikanischen Investment Trust o. S. 5; s. auch die Entwicklung des Investmentgeschäftes in Deutschland und in der Schweiz, o. S. 13 ff., 16 ff.

(671) Ebenso Wendt, S. 62.

(672) Vgl. Schäcker, S. 123; Wendt, S. 62; a.A. Tormann-Siara, § 11 Anm. VI, S. 50, S. dazu o.S. 67 ff.

(673) Vgl. Tormann-Siara, § 11 Anm. V, S. 49 f., die zu Recht bemerken, dass sich diese Kontrollpflicht aus der Stellung des Abs. V innerhalb des § 11 KAGG ergibt.

1. Inhalt und Rechtsnatur der Kontrollpflicht

Die Verwaltungspflichten der Depotbank als Gegenstand der arbeitsteiligen Verwaltung des Investmentfonds bieten zwar eine gewisse Gewähr für die ordnungsgemäße Durchführung der Fondsverwaltung. Sie sind im einzelnen jedoch für den Anleger nur von mittelbarem Interesse, zumal er mit der Depotbank nicht in vertraglichen Beziehungen steht. (674) Im Interesse des Anlegers ist der Depotbank jedoch die Kontrollaufgabe übertragen; sie dient nicht dem technischen Ablauf der Fondsverwaltung, sondern dem Schutzinteresse der Anleger.

Es fragt sich deshalb, wie diese Aufgabe der Depotbank rechtlich zu qualifizieren ist. Dabei sei nochmals die entgegengesetzte Zielrichtung herausgestellt, die der zuvor behandelten Verwaltungspflicht einerseits und der hier zur Diskussion stehenden Kontrollpflicht andererseits. Die Verwaltungsaufgabe ist eine Dienstleistungsaufgabe der Depotbank, wie sich aus den sonstigen Bankgeschäften technische Verwaltungsaufgaben im Interesse ihrer Kunden übernimmt; mit der Kontrollaufgabe übernimmt sie indessen eine Tätigkeit, die sich prima vista gegen ihren Auftraggeber, die Kapitalanlagegesellschaft, richtet. Im Vorgriff auf die rechtliche Qualifikation des Depotbankvertrages als eines Dienstvertrages, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, (675) ist es heutzutage die Aufgabe eines Dienstverpflichteten, seinen Dienstherrn zu überwachen als recht ungewöhnlich. Folglich könnte man dazu neigen, die gesetzlich vorgeschriebenen Kontrollaufgaben aus dem Depotbankvertrag zu lösen und, allein auf der gesetzlichen Norm basierend, als eine gesetzliche Pflicht der Depotbank gegenüber den Anlegern anzusehen. Eine Heraustrennung der Kontrollaufgabe aus dem Depotbankvertrag würde aber dem Sinn zwingender Gesetzesvorschriften für Schuldverhältnisse nicht gerecht, der gerade darin liegt, daß grundsätzlich frei gestaltbare privatrechtliche Vertragsverhältnisse einen bestimmten zwingenden Inhalt erhalten, gleich ob etwa Entgegenstehendes vereinbart (676) oder hinsichtlich des betreffenden Komplexes nichts vereinbart ist. (677) Das bedeutet, daß die Kontrollaufgabe eine vertragliche Pflicht bleibt. Der Depotbank aus dem Depotbankvertrag ist, und zwar, da der Depotbankvertrag zugleich ein Vertrag zu Gunsten Dritter, nämlich der Anleger ist, (678) mit Wirkung auf die Anleger. (679)

Entsprechend der Vermutung des § 335 BGB kann auch die Kapitalanlagegesellschaft von der Depotbank die Erfüllung der Kontrollaufgabe gegenüber den Anlegern verlangen.

Dies folgt nicht aus einer theoretischen Interpretation des Deckungsverhältnisses des Depotbankvertrages zu Gunsten der Anleger; denn es liegt im wohlverstandenen Interesse einer Kapitalanlagegesellschaft, mittels einer vertragsgemäßen Kontrollierung einer Situation vorzubeugen, die zu Schadensersatzansprüchen der Anleger gegen

(674) S. dazu oben S. 180.

(675) S. dazu oben S. 166 f.

(676) Vgl. BGR zu MDR 1964, 405; vgl. auch oben Danckelmann, § 139 Anm. 2.

(677) In diesem Zusammenhang sei auf die entsprechenden Bestimmungen des Miet- und Wohnrechts verwiesen. Vgl. dazu oben S. 181; Danckelmann, Einf. vor § 535 Anm. 4 b.

(678) S. oben S. 186 ff.

(679) Vgl. oben Danckelmann, Einf. vor § 139 Anm. 1.

ihre Kapitalanlagegesellschaft führen könnte, (680)

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Kapitalanlagegesellschaft die Depotbank verlangen kann, daß diese - in Erfüllung einer weiteren selbständigen Leistungspflicht aus dem Depotbankvertrag - die Geschäftstätigkeit der Kapitalanlagegesellschaft überwacht. Inhalt der Kontrollaufgabe ist, das Geschäftsgebahren des Vertragspartners daraufhin zu überprüfen, ob es sich im Rahmen der durch Gesetz und Vertragsbedingungen gesetzten Schranken hält. (681)

2. Der Umfang der Kontrolle und der Befugnisse der Depotbank

Die Überwachungsaufgabe der Depotbank ist zweifach abgegrenzt. Einmal betrifft sie das Verhalten der Kapitalanlagegesellschaft nur insoweit, wie das ihr Anspruchs der Anleger gegen die Kapitalanlagegesellschaft erwachsen können. Diese Schranke ergibt sich aus § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG. (682) Zum anderen stellt sich die Frage nach den Befugnissen, welche die Depotbank kraft Gesetzes innehat, um ihrer Überwachungspflicht nachkommen zu können.

Bei Beantwortung der Frage nach den Befugnissen der Depotbank ist grundsätzlich vom dem öffentlichrechtlichen Satz auszugehen, daß jede Befugnis zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe ebenfalls gesetzlicher Grundlage bedarf. Allerdings erlaubt die Interessenlage im Privatrecht eine großzügigere Handhabung im Wege der Analogie.

Zunächst hat die Depotbank die Befugnis, alle Geschäftsvorfälle, von denen sie im Rahmen der ihr in § 11 KAGG und in den Vertragsbedingungen gestellten Verwaltungsaufgaben unmittelbar Kenntnis erlangt, auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu überprüfen. Darüberhinaus steht ihr jedoch ein Recht auf Auskunft nicht zu. (683)

Hat die Depotbank kraft ihrer quasi-fiduziarschen Stellung im Investmentgeschäft die Pflicht, Vertrauensleute in die Entscheidungsgremien der Kapitalanlagegesellschaft zu entsenden, um dort unmittelbar von der Vorbereitung der Anlagedispositionen Kenntnis zu erhalten? In der deutschen Investmentpraxis ist es nämlich üblich, daß die Depotbank aufgrund ihrer Beteiligungsverhältnisse bei der Kapitalanlagegesellschaft in die Geschäftsführung bzw. den Vorstand sowie in den zusätzlich ge-

(680) Zur Auswirkung dieser Qualifikation vgl. § 11 KAGG und die Literaturstellen S. u. S. 171 ff., 189 f.

(681) Vgl. Wendt, S. 62.

(682) So hat die Depotbank kein Recht, Eigengeschäfte der Kapitalanlagegesellschaft als solche zu überprüfen, jedoch darf sie diese quantitativ erfassen, weil darin ein Verstoß gegen das in § 1 I KAGG gesetzte Verhältnismaß im Rahmen der gesamten Geschäftstätigkeit der Kapitalanlagegesellschaft liegen kann.

(683) S. u. S. 157.

schaffenen sogenannten Anlageausschuß Mitglieder ihrer Organe oder Angestellte entsendet. Allein das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt, diese Praxis zur Pflicht zu machen. Auch handelt es sich rechtlich gesehen um von der Depotbank unabhängige Gremien, die mangels rechtlicher Weisungsgebundenheit zur ordnungsgemäßen Pflichterfüllung nur bedingt geeignet wären. (684)

In § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG bringt das Gesetz eine weitere, die Überwachungsaufgabe berührende Befugnis: die Depotbank hat alle Ansprüche der Anleger gegen die Kapitalanlagegesellschaft geltend zu machen. (685)

Man könnte nun in einem Schluß a maiore ad minus folgern, daß die Depotbank, wenn sie schon die Ansprüche der Anleger geltend zu machen berechtigt ist, erst recht die Befugnis haben müsse, die Entstehung von Ersatzansprüchen der Anleger gegen die Kapitalanlagegesellschaft aus gesetz- oder vertragswidriger Geschäftsführung zu verhindern, (686) d. h. also soweit in die Geschäftstätigkeit der Kapitalanlagegesellschaft einzugreifen, wie dies zur Wahrung der Anlegeransprüche notwendig ist. Würde die Depotbank demgemäß auch in die Anlagepolitik der Kapitalanlagegesellschaft eingreifen können, so läßt sich von einem materiellen Kontrollrecht der Depotbank sprechen; beschränken sich die Befugnisse der Depotbank jedoch auf die Beachtung des Sperrvermerks bei den Konten und Depots des Fonds, liegt eine sog. formelle Kontrollbefugnis vor.

Welche Befugnisse für die Depotbank aus § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG für die Depotbank abgeleitet werden können, kann sich nur aus der Abwägung von Sinn und Zweck des depotbanklichen Kontrollrechts im Investmentwesen ergeben. (687)

Die Hinzuziehung einer Depotstelle in den Anfängen des Investmentgeschäftes sollte der Veruntreuung des "trust property" durch den "trustee", das Investmentunternehmen, wehren. (688). Unter diesem Aspekt hat das KAGG der Depotbank auch nicht nur die bloße Verwahrung des Investmentfonds, sondern auch eine Mindestbeteiligung bei den Verfügungen über den Fonds zugeteilt. Hier bietet § 11 III 1 u. 3 KAGG einen

(684) Hinsichtlich der Aufgaben des Anlageausschusses s. o. S. 121.

(685) S. hierzu u. S. 146 ff.

(686) So Schäcker, S. 125.

(687) Schäcker folgert aus § 11 V KAGG i. V. m. § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG, daß die Depotbank bei Verstößen der Kapitalanlagegesellschaft gegen § 11 V KAGG das Recht und die Pflicht habe, "die wirtschaftliche Durchführung solcher Geschäfte (zu) verweigern." Vgl. Schäcker, S. 124 f.

Inkonsequenterweise erstreckt Schäcker die Kontrollbefugnis der Depotbank nicht auf andere Verstöße der Kapitalanlagegesellschaft gegen das KAGG oder die Vertragsbedingungen wie z. B. gegen § 7 KAGG.

Pannwitz, S. 98, stützt sich bei Verstößen der Kapitalanlagegesellschaft gegen § 8 II KAGG auf § 823 II BGB i. V. m. § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG und gibt daher der Depotbank das Recht zur Verhinderung solcher verbotswidrigen Verfügungen. Im Rahmen des § 823 BGB hat die Rechtsprechung neben der Schadensersatz- bzw. Wiederherstellungsklage aber auch nur die vorbeugende Unterlassungsklage zugelassen, vgl. Palandt-Gramm, Einl. vor § 823 Anm. 8. Es kann dann nicht durch eine grosszügige Inter-

Ansatzpunkt: Während die Depotbank nach § 11 VI KAGG i. V. m. § 6 II KAGG verpflichtet ist, alle von der Kapitalanlagegesellschaft für den Fonds erworbenen Vermögenswerte unbesehen in Verwahrung zu nehmen, also auch solche, die gegen die Anlagebestimmungen der §§ 7 I-IV, 11 V KAGG verstoßen, hat sie bei Verfügungen der Kapitalanlagegesellschaft über diese Vermögenswerte - durch Weisungen an die Depotbank i. S. d. § 11 IV KAGG - die Sperrung der Depots bzw. Konten zu beachten. (689) Die Sperrung legt der Depotbank auf, Weisungen der Kapitalanlagegesellschaft hinsichtlich der Guthaben bzw. Bestände auf diesen Konten bzw. Depots nur zu befolgen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem KAGG und den Vertragsbedingungen stehen. Hinsichtlich der Weisungen auf Auszahlung von Aufwendungsersatz und Vergütung ergibt sich dies bereits aus § 11 VII KAGG. (690)

Die Sperrung der Konten und Depots des Fonds setzt damit den Maßstab für die Kontrollbefugnisse der Depotbank. Eine Verweigerung der Ausführung der Weisungen der Kapitalanlagegesellschaft nach § 11 IV KAGG bedeutet eine rein formelle Kontrolle. Denn da die Kapitalanlagegesellschaft unabhängig von der Depotbank für den Investmentfonds Anlagegeschäfte tätigen kann, bleibt ihre Entscheidungsfreiheit für die Anlagepolitik unangetastet. (691) Allerdings läuft sie bei Verstoß gegen die Bestimmungen des KAGG und der Vertragsbedingungen Gefahr, von der Depotbank keinen Aufwendungsersatz bzw. keine Lieferung aus den Konten bzw. Depots des Fonds zu erhalten. (692)

Im gleichen Sinn wie die formelle Kontrollbefugnis der Depotbank ist auch ihre Pflicht zur Geltendmachung der Ansprüche der Anleger angelegt. (693) Die Depotbank hat aufgrund ihrer Befugnisse aus § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG nicht etwa das Recht, sich in die Anlagepolitik einzumischen. In Verbindung mit der Kontrollpflicht hat sie zunächst die Pflicht zur Beanstandung aller gesetz- oder vertragswidrigen Vorgänge bei der Kapitalanlagesellschaft, alsdann die Pflicht, gegebenenfalls Ersatzansprüche der Anleger durch Aufrechnung gegen Ansprüche der Kapitalanlagegesellschaft aus § 11 VII 1 KAGG zu erfüllen oder schließlich gerichtlich vorzugehen.

pretation des § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG, wenn der Gesetzgeber mit § 8 II KAGG gerade keine Ausübungsschranke der Verfügungsmacht der Kapitalanlagegesellschaft setzen wollte, dieses Ergebnis auf tatsächlicher Ebene herbeiführbar sein.

(688) S. o. S. 11.

(689) Zur Sperrung s. o. S. 83 f., 85. Vgl. a. Ratz in RGRKomm. z. HGB § 424 Anh. II Anm. 33.

(690) Ebenso Wendt, S. 78.

(691) Entsprechend heißt es auch in den Motiven "Die Depotbank hat entsprechend ihrer Zweckbestimmung lediglich eine formelle Überwachungsfunktion, jedoch kein sachliches Mitspracherecht bei der Führung der Geschäfte durch die Kapitalanlagegesellschaft." Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Geld und Kredit, BT-Drucksache II/2973, S. 3.

Weitergehend Wendt, S. 78, der ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht annimmt.

(692) S. dazu o. S. 113 ff.

(693) S. dazu u. S. 146 ff.

Weiter gehört zur formellen Kontrollbefugnis der Depotbank das Recht, gemäß § 12 IV KAGG für die Anleger die Vertragsverhältnisse mit der Kapitalanlagegesellschaft zu kündigen. (694)

3. Der Gegenstand der Kontrollpflicht

Die Kontrollpflicht bezieht sich inhaltlich auf das gesamte Geschäftsgebaren der Kapitalanlagegesellschaft, soweit es das KAGG oder die Investmentverträge tangiert. Da die Depotbank nach § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG die Ansprüche der Anleger geltend zu machen hat, ist zunächst darzulegen, worauf sich diese Kontrollpflicht im einzelnen bezieht

a. Zulässigkeit der Anlagen

Die Frage der Zulässigkeit von Investmentanlagen ist hinsichtlich der Wertpapierarten qualitativ und quantitativ in § 7 I-VI KAGG sowie in den Vertragsbedingungen - § 14 III a KAGG - geregelt, hinsichtlich des einzelnen Anlagegeschäftes in § 11 V KAGG.

Dadurch, daß die Depotbank eine gewisse Mindestbeteiligung bei der Durchführung der Anlagegeschäfte zugewiesen erhalten hat, kann und soll sie diesbezüglich ihre Kontrollfunktion ausüben. (695) Das ergibt sich bereits aus der Stellung dieser Vorschrift des § 11 V KAGG innerhalb des Gesamtparagraphen, der dem Aufgabenbereich der Depotbank gewidmet ist. (696)

b. Anzeigen an die Bankaufsichtsbehörde

Nach § 20 II 2 KAGG hat die Depotbank sämtliche der Kapitalanlagegesellschaft auferlegten Anzeigen an die Bankaufsichtsbehörde zu bestätigen. Mit dieser Bestimmung weist das KAGG mittelbar auf die diesbezügliche Kontrollpflicht der Depotbank hin.

(694) S. dazu o. S. 123 f.

(695) Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Geld und Kredit, a. a. O.

(696) Insoweit gl. A. Schäcker, S. 124. Dann folgert Schäcker aber weiter aus § 11 V KAGG, daß die Depotbank aufgrund dieses gesetzlichen Gebotes auch zum Einschreiten, nämlich zur Verweigerung ihrer materiellen Verwaltungspflichten im Falle einer Verbotsverletzung, verpflichtet sei. Dem ist jedoch aus den hier dargelegten Grundsätzen nicht zu folgen.

c. Grundlagen der Festsetzung von Ausgabe- und Rücknahmepreis

Damit die jeweiligen Ausgabe- und Rücknahmekonditionen der Kapitalanlagegesellschaft nachprüfbar den gesetzlichen und vertraglichen Voraussetzungen genügen, hat die Depotbank gemäß § 18 II 3, IV KAGG den Wert des Investmentfonds und gegebenenfalls Ausgabe- und Rücknahmepreis der Anteilscheine zu berechnen bzw. bekanntzugeben. Auch hierin ist der Depotbank eine Überwachungspflicht übertragen, welche ihr erlaubt, eventuelle Bedenken i. S. d. § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG geltend zu machen.

d. Einhaltung der Erwerbs- und Verfügungsschranken

Die Kapitalanlagegesellschaft ist nach § 8 I KAGG zur Verfügung über den Investmentfonds befugt. (697) Umfang und Ausübung der Verfügungsmacht sind in § 8 II, III KAGG abschließend bestimmt. (698)

Ein Verstoß gegen diese Vorschrift ist unheilbar nichtig. (699) Ein weiterer Fall absoluter Nichtigkeit ist mit § 7 VI KAGG für den Erwerb von Anteilscheinen eines anderen Investmentfonds gegeben. (700) Alle anderen im Gesetz enthaltenen Vorschriften, die Anordnungen für die Verwaltung des Investmentfonds enthalten, führen bei Zuwiderhandlung nicht zur Unwirksamkeit der Verfügung oder Erwerbung der Kapitalanlagegesellschaft; Ausnahme bildet lediglich § 8 II KAGG: Verstöße gegen diese gesetzliche Verfügungsbeschränkung sind relativ, und zwar nur gegenüber den Anlegern,

(697) § 8 I KAGG ist zwingendes Recht und begrenzt daher die Vertragsfreiheit für die Abfassung der Investmentverträge. Seine Bedeutung erfaßt hauptsächlich die Miteigentumslösung; bei der Treuhandlösung genießt die Kapitalanlagegesellschaft schon nach §§ 903, 241 BGB volle Verfügungsmacht über den Investmentfonds. Die Verfügungsbefugnis bei der Miteigentumslösung beruht auf einer Ermächtigung nach § 185 BGB - nicht auf indirekter Stellvertretung, wie Tormann-Siara, § 8 Anm. I annehmen und wie dies auch im schweizerischen Auftragsrecht vertreten wird - und ist damit nur ein relatives Recht. Vgl. zur rechtsdogmatischen Auslegung der Verfügungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft insbes. v. Pannwitz, S. 11. 16 ff., 22 ff.

(698) Vgl. v. Pannwitz, S. 48, 77.

(699) Im Ergebnis ebenso v. Pannwitz, S. 49 f., der allerdings rechtlich heilbare Nichtigkeit annimmt. Dem steht jedoch die klare Formulierung "können nicht" entgegen, die mit dem "dürfen nicht" in Abs. II und der damit verbundenen relativen Nichtigkeit im Zusammenhang zu sehen ist. Vgl. auch die Formulierung in § 7 VI KAGG.

unwirksam. (701) Vertragliche, über die gesetzlichen hinausgehende Verfügungsbeschränkungen sind im Falle der Miteigentümlösung denkbar, sie werden indes kaum in Vertragsbedingungen Aufnahme finden, weil jede die Vertragsbedingungen aufstellende Kapitalanlagegesellschaft sich kaum aus eigenem Antrieb für ihre Verwaltungstätigkeit Fesseln anlegen dürfte. (702)

Die Depotbank hat zur Überwachung der Investmentfondsverwaltung durch die Kapitalanlagegesellschaft somit drei Gruppen zu unterscheiden:

- Erwerbungen und Verfügungen, die gesetz- und vertragsgemäß voll wirksam sind
- Erwerbungen und Verfügungen, die gegen ein absolutes Erwerbs- oder Verfügungsverbot verstoßen, somit absolut unwirksam sind
- Verfügungen, die gegen ein relatives Verfügungsverbot verstoßen und nur den Anlegern gegenüber unwirksam sind

Nach der unterschiedlichen Rechtsfolge der vorgenannten Gruppen von Anlagegeschäften richtet sich alsdann das Tätigwerden der Depotbank i. S. d. § 11 VIII Ziff. 1 KAGG. (703)

e. Stimmrechtsausübung

§ 9 I 2, 3 KAGG stellt Vorschriften für die Ausübung des Stimmrechtes aus zum Investmentfonds gehörenden Wertpapieren durch die Kapitalanlagegesellschaft oder durch Dritte auf. Die Kapitalanlagegesellschaft verfügt über folgende Möglichkeiten:

- Stimmrechtsausübung durch ihre gesetzlichen Vertreter (704)
- Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten, wobei die Ausübung im Namen der Kapitalanlagegesellschaft oder im Namen dessen, den es angeht, geschehen kann (705)
- Stimmrechtsausübung durch einen für den Einzelfall Ermächtigten (706)

Hinsichtlich der inländischen Fondswerte hat § 135 AktG eine nähere Regelung getroffen; sie gilt indes nicht für die Fälle bei der Treuhandlösung, wo die Kapitalanlagegesellschaft das Stimmrecht durch ihre gesetzlichen Vertreter ausübt. (707)

(701) Vgl. v. Pannwitz, S. 50 f., insbes. 77 ff.; zur Rechtsnatur Tormann-Siara, § 8 Anm. II; Dürre-Full, § 8 Erl. 2.

(702) Vgl. dazu v. Pannwitz, S. 53 ff.

(703) S. dazu u. S. 146 ff.

(704) § 9 I 2 KAGG.

(705) § 9 I 2 KAGG, i. V. m. § 135 IV 2 AktG.

(706) § 9 I 3 KAGG.

(707) Vgl. zum sogen. Depotstimmrecht Barchewitz, S. 189 f.

Im übrigen hat die rechtliche Gestaltung der Stimmrechtsausübung keinen Einfluß auf das Investmentgeschäft, wenn man vom Gebot der überwiegenden Ausübung des Stimmrechts durch gesetzliche und willkürliche Vertreter in § 9 I 2 KAGG absieht. (708) Man kann annehmen, daß die deutschen Kapitalanlagegesellschaften regelmäßig von der Vertretung durch die Depotbank in der Alternative der Ausübung im Namen dessen, den es angeht, Gebrauch machen. Neben der Einhaltung des quantitativen Gebotes hat die Depotbank in der Praxis des Investmentgeschäftes daher nur die Interessenwahrung zu Gunsten der Anleger bei der Stimmrechtsausübung zu überwachen. (709)

f. Eigengeschäfte

§ 5 S. 1 KAGG verbietet Geschäfte der Kapitalanlagegesellschaft mit Mitgliedern ihrer Organe - Geschäftsführung bzw. Vorstand oder Aufsichtsrat -, soweit die Kapitalanlagegesellschaft dabei für Rechnung der Anleger handelt. Verstöße gegen dieses Erwerbs- bzw. Verfügungsverbot ziehen die absolute Nichtigkeit solcher Geschäfte nach sich.

Die Depotbank hat auf die Einhaltung dieser Vorschrift ihr Augenmerk zu richten. Böswillige Organmitglieder der Kapitalanlagegesellschaft können jedoch leicht diese Schutzvorschrift umgehen, und mangels Möglichkeit zur unmittelbaren Einsichtnahme ist die diesbezügliche Kontrollbefugnis der Depotbank weitgehend illusorisch; indes können Abschlußprüfer und Bankaufsichtsbehörde - § 20 III KAGG eine wirksame Überprüfung der Einhaltung dieser Gesetzesbestimmung vornehmen.

Die Eigengeschäfte der Kapitalanlagegesellschaft spielen auch im Zusammenhang mit § 1 I KAGG eine Rolle. Danach sind Eigengeschäfte, die nicht für Rechnung der Anleger geschehen, nur insoweit statthaft, wie sie nicht die zur Verwaltung von Investmentfonds bestimmte Geschäftstätigkeit denaturieren. (710) Auch diesbezüglich hat die Depotbank ihre Kontrollpflicht auszuüben. Jedoch setzt § 11 III, IV KAGG in entsprechender Anwendung den Rahmen der Überwachungsbefugnis: die Geschäfte für eigene Rechnung der Kapitalanlagegesellschaft unterliegen nur insoweit der Kontrollpflicht der Depotbank, wie diese davon unmittelbar Kenntnis erhält.

8. Geschäftspolitik und Einsatznaufigkeit

Die Geschäftspolitik der Kapitalanlagegesellschaft ist ebenfalls Gegenstand der Kontrollpflicht der Depotbank. Dabei hat sie zu überwachen, ob die Kapitalanlagegesell-

(708) Vgl. Tormann-Siara, § 9 Anm. I, S. 43 ff.

(709) § 9 I 1 KAGG.

(710) Vgl. o. S. 54 f.

schaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (347 HGB) den Investmentfonds für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger verwaltet und deren Interesse wahrt (§ 9 I 1 KAGG).

Hier handelt es sich um die praktisch wichtigste, aber auch rechtlich delikateste Überwachungspflicht der Depotbank.

Infolge ihrer Mindestbeteiligung hat die Depotbank die Dispositionen der Kapitalanlagegesellschaft hinsichtlich des Investmentfonds ständig vor Augen und kann damit die Geschäftspolitik sowohl qualitativ wie auch quantitativ überprüfen. Wenn eine Anlage disposition "falsch" ist, läßt sich gewöhnlich erst im nachhinein feststellen. (711) insofern bleibt ein Sorgfaltsverstoß - zumindest unter praktischen Gesichtspunkten - für ein Einschreiten der Depotbank nach § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG außer Betracht. Ein relevanter Sorgfaltsverstoß ist jedoch gegeben, wenn die Kapitalanlagegesellschaft trotz eigener oder fremder Analysen, deren Inanspruchnahme ihr im Rahmen des § 9 I 1 1. Altern. KAGG zuzurechnen ist, mit einem Anlageverstoß oder Bruchverstoß des entsprechenden Anlagewertes rechnen mußte.

Wohl ebenso heikel ist die Frage, wann der Umfang der Umschichtungen eines Investmentfonds-Portefeuilles die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bzw. Investmentmanagers überschreitet. Auch hier sind keine allgemeingültigen Richtlinien vorgegeben. Ein buchmäßig überflüssig erscheinendes Auswechseln größerer Posten kann durchaus richtig und damit erforderlich gewesen sein, wenn die Kapitalanlagegesellschaft damit eine Beeinflussung des Börsenklimas erreicht hat.

Andererseits liegt unbestreitbar ein interessewidriges Handeln der Kapitalanlagegesellschaft vor, wenn sie einen Umsatz zum Zwecke der Zuwendung eines Vermögensvorteils an einen Dritten macht. Denn da mit einem Anlagegeschäft gewisse Kosten verbunden sind, welche dem ausführenden Kreditinstitut Erträge bringen, ist es denkbar, daß eine Kapitalanlagegesellschaft in dieser Absicht Anlagegeschäfte für einen Investmentfonds tätigt. Wegen der Beteiligungsverhältnisse zwischen Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank könnte aber auch die Depotbank ihrerseits einen entsprechenden Druck auf die Geschäftsleitung bzw. den Vorstand der Kapitalanlagegesellschaft zwecks umsatzfreudigeren Verhaltens ausüben. Diese Überlegungen zeigen aber zugleich die Grenzen des Kontrollrechtes auf; in letzterem Fall z. B. hätte die Depotbank ihr eigenes Verhalten im Interessenkonflikt mit den Anlegern zu über- wachen.

D. Die Geltendmachung von Ansprüchen der Anleger

Dritter großer Komplex der Vertragspflichten der Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft ist die Geltendmachung von Ansprüchen der Anleger gegen die Kapitalanlagegesellschaft oder eine frühere Depotbank gemäß § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG.

(711) Vgl. Confeld, B.S., in Der Spiegel, Nr. 9/1968, S. 46.

1. Die Ansprüche der Anleger

Die infragekommenden Ansprüche der Anleger können ihren Rechtsgrund allein in den Investmentverträgen haben. Dabei sind aber nicht nur Ansprüche hinsichtlich bestehender Investmentverträge gemeint; soweit ein einer Anspruch hervorrufender Sachverhalt geltend zu machen ist, gilt dies für alle Anleger, die zur entsprechenden Zeit Inhaber von Anteilscheinen waren, d.h. für diejenigen, die Investmentverträge abgeschlossen haben, sowie für ihre Rechtsnachfolger. (712)

Bei den Ansprüchen i. S. d. § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG handelt es sich zunächst um Ansprüche gemäß der Definition des § 194 I BGB, das sind schuldrechtliche Ansprüche aus obligatorischen Rechten. Des weiteren, da § 11 VIII KAGG zugleich eine gesetzliche Prozeßstandschaft der Depotbank statuiert, (713) Ansprüche i. S. d. ZPO, d.h. konkrete Rechtsfolgen, die im Wege der Klage rechtskräftig festgestellt werden können. (714)

Prozeßstandschaft (715) bedeutet, daß ein Dritter im eigenen Namen über fremde Rechtsverhältnisse als fremde prozessiert. (716)

2. Rechtszuständigkeit und Prozeßstandschaft

Das Gesetz umschreibt nicht näher, wie die Depotbank die Ansprüche der Anleger wahrzunehmen bzw. geltendzumachen hat. Es kann daher angenommen werden, daß der Depotbank alle Modalitäten der Rechtsausübung aus diesen Ansprüchen zustehen. (717) Insbesondere kann die Depotbank daher statt gerichtlich auf aussergerichtlichem Wege vorgehen. Für die Wahl des jeweils anzuwendenden Mittels ist § 9 I KAGG entsprechend heranzuziehen: die Depotbank hat die Ansprüche so geltend zu machen, wie dies im Interesse der Anleger liegt.

Es fragt sich nunmehr, welche Bedeutung die der Depotbank mit § 11 VIII KAGG zugewiesene Aufgabe für ihre Rechtsstellung einerseits und für die der Kapitalanlagegesellschaft sowie der Anleger andererseits hat.

Im Hinblick auf die Prozeßstandschaft der Depotbank könnte man zu einer Ermächtigung

(712) Vgl. § 17 III KAGG.

(713) H. M. Vgl. Tormann-Siata, § 11; Gerike, S. 1271; Baum, S. 140 f.; Schäcker, S. 128.

(714) Vgl. dazu Blomeyer, § 43 II 2, § 89 II 1.

Eine andere Definition bringt die extrem prozessuale Auffassung, z. B. Rosenberg, § 150 I 1: Anspruch i. S. d. ZPO sei "das Begehren, daß dem Kläger der Anspruch auf die begehrte Leistung zuerkannt werde."

Zur Abgrenzung zwischen materiellem und prozessualem Anspruch ist zu erwähnen, daß die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge nicht dem materiellen Recht anzugehören braucht. Vgl. Blomeyer, § 89 II 2.

(715) Der Ausspruch stammt von Kohler, *Ihrer Jb* 24, 187 (319)

(716) Bruns, § 10 IV 4.

(717) Selbst wenn man § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG analog § 265 I ZPO auslegen und

der Depotbank denken, auf Grund eines eigenen materiellen Rechts im Interesse der Anleger Prozesse zu führen, wie dies etwa beim Herausgeber oder Verleger nach § 10 II UrhG zur Wahrnehmung der Rechte des anonymen Urhebers der Fall ist. (718) Doch erscheint die Annahme eines rechtsgeschäftlich der Depotbank übertragenen diesbezüglichen Rechts zweifelhaft, zumal da die Konstruktion einer Ermächtigung durch die Anleger über die Kapitalanlagegesellschaft im Depotbankvertrag problematisch, jedenfalls aber recht künstlich erscheint. Da der Depotbank andererseits eine materielle Verfügungsbefugnis nicht vorenthalten werden kann, will sie die Ansprüche der Anleger auch außergerichtlich geltend machen, ist der Depotbank in § 11 VIII 1 KAGG eine materielle Verfügungsbefugnis über die Rechte der Anleger kraft Gesetzes erteilt worden, die aber ihrem Umfang nach auf die Geltendmachung der Ansprüche gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft, einer früheren Depotbank oder einem Pfandungsgläubiger beschränkt ist. (719) Die Frage, welche Auswirkung die Prozeßstandschaft der Depotbank kraft Gesetzes auf die Prozeßführungsbefugnis der Anleger hat, ist im Zusammenhang mit der gerichtlichen Wahrnehmung zu untersuchen. (720)

a. Außergerichtliche Wahrnehmung

Das Interesse der Anleger erfordert in erster Linie eine außergerichtliche Geltendmachung der Ansprüche; gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft insbesondere wird es regelmäßig schon ausreichen, Verstöße gegen die gebotene Verhaltensweise unverzüglich zu beanstanden bzw. das ordnungsgemäße Verhalten zu verlangen. (721) Da im deutschen Investmentgeschäft zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft teilweise personelle Verflechtungen vorkommen, dürfte einem solchen Vorgehen der Erfolg regelmäßig nicht versagt bleiben.

Bemerkenswert ist die doppelte Rechtszuständigkeit hinsichtlich dieser Ansprüche. Gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft haben einmal die Anleger die materielle

demgemäß darin nur eine Prozeßführungsbefugnis sehen wollte, so müßte eine der Interessenlage entsprechende Lückenausfüllung des KAGG zu gleichem Ergebnis kommen. Denn wenn die Depotbank schon für die Anleger Prozesse führen soll, dann muß sie die Ansprüche der Anleger erst recht auf eine weniger einschneidende Weise geltend machen können.

(718) Vgl. dazu Bruns, § 10 IV 4 b; Blomeyer, § 41 II 3 b.

(719) Vgl. Schäcker, S. 126; von Pannwitz, S. 66.

(720) S. dazu auch u. S. 151 f., 191 f.

(721) Im Ergebnis teilweise ebenso Schäcker, S. 125.

(722) Gl. A. Ebner von Eschenbach, S. 135.

A. A. Schäcker, S. 125 f., der § 11 VIII 1 Ziff. 2 2. H. S. KAGG entsprechend anwendet, soweit die in Frage stehenden Ansprüche die Gesamtheit der Anleger betreffen, und also die Rechtszuständigkeit der Anleger insofern einräumt.

Berechtigung zur Geltendmachung aller aus den Investmentverträgen erwachsenen Ansprüche; (722) gegenüber einer früheren Depotbank kommen allerdings nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht. Daneben hat die Depotbank aufgrund ihres Depotbankvertrages und kraft Gesetzes diese Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen. Es handelt sich um eine Verfügungsbefugnis der Depotbank, die aber kraft Gesetzes auf die Geltendmachung der Ansprüche gegenüber den Verpflichteten beschränkt ist. (723)

In der Praxis des Investmentgeschäftes wirkt sich diese doppelte Rechtszuständigkeit regelmäßig nicht aus, weil die Depotbank die Ansprüche der Anleger eher geltend machen kann, als die Anleger vom entsprechenden Sachverhalt Kenntnis erlangen. Pannwitz (724) vertritt in analoger Anwendung des § 11 VIII 1 Ziff. 2 KAGG die Ansicht, daß die außergerichtliche Geltendmachung der Ansprüche der Anleger nicht nur nur gegen die Kapitalanlagegesellschaft und eine frühere Depotbank, sondern auch gegen durch verbotswidrige Verfügungen der Kapitalanlagegesellschaft begünstigte Dritte zu richten ist. (725) Die Befugnis, gegen Dritte vorzugehen, kann der Depotbank nur im Wege der Lückenausfüllung zuerkannt werden, wenn die Aufzählung des KAGG im § 11 VIII KAGG nicht enumerativ ist; dabei könnte die Interessenlage der Anleger sowie das Prinzip der Kräfteverteilung zwischen Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank Hinweis sein, ob das Schweigen des Gesetzes für den Fall der Geltendmachung etwa von Rückgestaltungsrechten qualifiziert ist oder ob es eine Lücke des Gesetzes bedeutet.

Die Fälle des Verfügungsverbot, bei dessen Verletzung die Ausübung des Rückgestaltungsrechtes für Rechnung der Anleger infrage kommt, sind in § 8 KAGG aufgezählt: Verpfändung von Sachen (§§ 1292 f., 1296, 1204 ff. BGB) und Forderungen (§§ 1273 ff. BGB), Einräumung des Nießbrauchs an Gegenständen des Fondsvermögens (§§ 1068 ff., 1081 ff.; 1030, 1032 BGB), Sicherungsübereignung bzw. -abtretung von Gegenständen des Investmentfonds (§§ 929 ff., 398 ff.). Es fragt sich also, ob nach der Konzeption des KAGG die Geltendmachung des Rückgestaltungsrechtes durch die Depotbank zum Schutz der Anleger notwendig ist. Zunächst kann die Depotbank, sobald sie von Verstößen Kenntnis erlangt, die daraus resultierenden Ansprüche der Anleger durchaus geltend machen, indem sie nämlich entweder von der Kapitalanlagegesellschaft die Vornahme der Rückgestaltung oder aber von ihr Schadensersatz verlangt. (726) Soweit es sich jedoch um Sachen - Wertpapiere - handelt, über welche die Kapitalanlagegesellschaft verbotswidrig verfügen will, ist zur Wirksamkeit der Verfügung Einräumung des Besitzes beim Dritten erforderlich. Nun hat aber die Depotbank ausschließlich den Besitz an den Vermögenswerten des Investmentfonds

(723) S. o. Fußn. 713.

(724) v. Pannwitz, S. 100 ff.

(725) Danach könnte die Depotbank auch das gesetzliche Rückgestaltungsrecht der Anfechtung geltend machen und so die früheren Eigentumsverhältnisse bzw. den lastenfreien Zustand der Fondswerte wiederherstellen.

(726) § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG i. V. m. § 823 II BGB.

inne. Nach § 11 IV 2. Altern. KAGG darf sie den Besitz nur aus ihren Händen geben, (727) wenn es sich um den **Verkauf** von Wertpapieren für Rechnung der Anleger handelt. Freilich kann ein Verkaufsgeschäft simuliert oder später angefochten werden, und somit geriete der entsprechende Vermögenswert doch in den Besitz des Dritten; da die Depotbank aber in Erwartung des Gegenwertes diesen gemäß § 11 VI KAGG bei der Kapitalanlagegesellschaft anfordern wird, wird ihr alsbald die wahre Sachlage bekannt, so daß sie wie bei sonstigen Forderungen gegen die Kapitalanlagegesellschaft - und mittelbar also gegen den Dritten - vorgehen kann. Damit ist dem Schutzinteresse der Anleger zwar nicht in unmittelbarer Weise wie bei Anfechtung durch die Depotbank selbst gedient, immerhin aber hat die Depotbank die Befugnis, die Vermögensinteressen der Anleger gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft wirksam geltend zu machen. (728)

Die Anerkennung des Anfechtungsrechtes der Depotbank gegenüber Dritten im Wege der Lückenausfüllung ist schließlich auch aufgrund der Konzeption der arbeitsteiligen Verwaltung des Investmentfonds abzulehnen. Das KAGG hat eine klare Trennung zwischen technisch-materieller und geistig-dispositiver Verwaltung gezogen. (729) So erkennt auch § 8 I 1 KAGG an, daß die Kapitalanlagegesellschaft alle Rechte, die zum Investmentfonds gehören, ausüben kann. Dazu zählt aber auch die Ausübung von Rückgestaltungsrechten. Die Einschränkung des § 8 I 1 KAGG zugunsten eines abweichenden Inhalts der Vertragsbedingungen gestattet indes, das Verfügungsrecht über diese Rückgestaltungsrechte auf die Depotbank zu übertragen. Im KAGG selbst besteht aber keine Vorschrift, welche der Depotbank generell diese Verfügungsbefugnis überträgt, so daß es nach der Konzeption des KAGG bei der vorgenannten **Arbeits-**teilung verbleibt.

Die außergerichtliche Geltendmachung der Ansprüche der Anleger gegen die Kapitalanlagegesellschaft kann in folgenden Maßnahmen bestehen:

- Die Depotbank weist die Kapitalanlagegesellschaft auf deren Pflicht zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten aus den Investmentverträgen hin.
- Die Depotbank beruft sich auf den Sperrvermerk, wenn die Kapitalanlagegesellschaft vertragswidrig Vermögenswerte des Investmentfonds aus den Sperrkonten bzw. -depots verlangt. (730)
- Die Depotbank rechnet mit Schadensersatzforderungen der Anleger gegen Ansprüche der Kapitalanlagegesellschaft auf Vergütung oder Aufwendungsersatz aus dem Investmentfonds nach § 11 VII 1 KAGG gemäß §§ 388 f. BGB auf. (731)

(727) Die Besitzübertragung ist in "Lieferung" i. S. d. § 11 I KAGG mitverstanden.

(728) Allerdings darf nicht übersehen werden, daß eine böswillige Kapitalanlagegesellschaft durch verbotswidriges Verfügen über erhebliche Vermögenswerte des Fonds zu einer empfindlichen Schädigung der Anleger kommen kann, weil ihr eigenes Haftungskapital dann unzureichend wäre.

(729) S. o. S. 66

(730) S. dazu o. S. 83 f., 141.

(731) Vgl. a. o. S. 141.

- Die Depotbank macht Schadensersatzansprüche der Anleger aus §§ 9 I, 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG i. V. m. §§ 325, 276 BGB geltend.

Die außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen der Anleger gegen eine frühere Depotbank wird nur selten noch auf Erfüllung einer Verbindlichkeit dieser Bank gegenüber den Anlegern (732) gehen, in der Regel dürfte es sich um Schadensersatzansprüche der Anleger aus §§ 280, 286 BGB i. V. m. § 328 BGB, 11 I KAGG handeln. (733)

b. Gerichtliche Geltendmachung

Gegebenenfalls hat die Depotbank die Ansprüche der Anleger auch gerichtlich geltend zu machen. Dabei ist der Kreis der Anspruchsgegner erweitert: Die Depotbank hat gemäß § 11 VIII 1 KAGG nicht nur gegen die Kapitalanlagegesellschaft und eine frühere Depotbank vorzugehen, sondern auch gegen jeden Vollstreckungsgläubiger, der wegen eines Anspruches in den Investmentfonds vollstrecken läßt, für den der Investmentfonds nicht haftet.

Was die Prozeßführung gegen die Kapitalanlagegesellschaft und eine frühere Depotbank anbelangt, hat die Depotbank schon wegen ihrer eigenen Rechtszuständigkeit (734) die Prozeßführungsbefugnis. (735) Bezüglich der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO hat die Depotbank ebenfalls die Prozeßführungsbefugnis, und zwar steht sie ihr gemäß § 11 VIII 1 Ziff. 2 KAGG ausschließlich zu. (736) Hat die Depotbank auch hier eine materielle Rechtszuständigkeit? (737) Dem Schutz der Anleger als wirtschaftliche Eigentümer des Investmentfonds ist mit der Übertragung der Prozeßführungsbefugnis auf die Depotbank Genüge getan. Da eine zusätzliche Verfügungsbefugnis sich auf die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklageerhebung beschränken müßte, damit die arbeitsteilige Konzeption des KAGG nicht beeinträchtigt wird, besteht kein Erfordernis für eine solche weite Auslegung des § 11 VIII 1 KAGG im Fall der Ziff. 2.

Im Unterschied zu Prozessen gegen die Kapitalanlagegesellschaft oder eine frühere Depotbank basiert also die Aufgabe der Depotbank zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage ausschließlich auf ihrer gesetzlichen Prozeßstandschaft.

Damit stellt sich die Frage, ob durch die Prozeßstandschaft der Depotbank die Anleger als unmittelbare Träger des Investmentvermögens (Miteigentumslösung) oder als wirtschaftliche Träger (Treuhandslösung) von der Prozeßführungsbefugnis aus-

(733) S. dazu u. S. 192.

(734) S. o. S. 147 f.

(735) Zur Abgrenzung von Rechtszuständigkeit und Prozeßführungsbefugnis vgl. Rosenberg, § 45 I 2.

(736) H. M. Vgl. statt aller Schäcker, S. 125.

(737) Bei der Treuhandslösung ist die Kapitalanlagegesellschaft Eigentümer des Investmentfonds, bei der Miteigentumslösung teilt sie die Rechtszuständigkeit an den Gegenständen des Fonds mit den Anlegern.

geschlossen sind. Indem das Gesetz in § 11 VIII 1 Ziff. 2 2. H. S. KAGG die Anleger ausdrücklich von der Erhebung der Widerspruchsklage ausschließt, ist die Frage für diesen Bereich bereits von Gesetzes wegen beantwortet. Im Fall der Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Kapitalanlagegesellschaft oder gegen eine frühere Depotbank - § 11 VIII Ziff. 1 KAGG - schweigt das Gesetz.

Im Fall sonstiger gesetzlich angeordneter Prozeßstandschaften ist die Frage der Prozeßführungsbefugnis der Sachlegitimierten je nach der Interessenlage verschieden geregelt. Bei der Konkursverwaltung ist dem Gemeinschuldner durch § 6 KO, bei der Nachlaßverwaltung den Erben durch § 1985 I BGB, bei der Testamentsvollstreckung durch § 2212 BGB die Prozeßführungsbefugnis genommen. Hingegen hat bei der ehelichen Gütergemeinschaft der nicht verwaltende Ehegatte nach § 1428 BGB das Prozeßführungsrecht, obwohl er nicht verwaltungsbefugt ist, und die Prozeßführungsbefugnis des Heimarbeiters wird nicht ausgeschlossen, auch wenn die oberste Arbeitsbehörde nach § 25 HArbG gegen den Arbeitgeber auf Nachzahlung klagen kann. (738)

Wegen der Interessenlage muß daher auch im Fall der Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Kapitalanlagegesellschaft und eine frühere Depotbank den Anlegern die Prozeßführungsbefugnis zuerkannt werden. Unterstützt wird diese Auslegung auch durch § 11 VIII 1 Ziff. 2 2. H. S. KAGG arg. e contr. (739)

Aus der Zulässigkeit der Prozeßführungsbefugnis für die Depotbank kraft ihrer Prozeßstandschaft folgt noch nicht, daß die Sachentscheidung, welche sie erwirkt, auch gegenüber den Rechtsträgern, den Anlegern, in Rechtskraft erwächst; die Rechtskrafterstreckung muß sich entweder aus dem Gesetz ergeben oder auf der Zustimmung des Rechtsträgers zur Prozeßführung (740) Rechtskrafterstreckung ist z. B. in § 327 ZPO auf die Erben, in § 25 HArG auf den Heimarbeiter von Gesetzes wegen bestimmt; dagegen fehlt sie in allen Fällen gemeinschaftlichen Vermögens, wie bei §§ 432 I, 432 II, 1011, 2039 BGB.

Entsprechend ist für den Fall, daß die Depotbank einen Anspruch der Anleger gegen die Kapitalanlagegesellschaft oder gegen eine frühere Depotbank geltend macht, eine Rechtskrafterstreckung auf sämtliche Anleger anzunehmen. Andererseits ist für den Fall einer Prozeßführung durch einen einzelnen Anleger die Rechtskrafterstreckung abzulehnen. (741)

Zu erwähnen ist noch, daß die Depotbank bei Leistungsklagen nicht, wie dies regelmäßig bei einer Prozeßstandschaft der Fall ist, (742) Leistung an die Rechtsinhaber verlangen kann. Ihr Antrag hat auf Leistung an den Investmentfonds zu gehen, wobei die Frage der Rechtszuständigkeit bezüglich des Fondsvermögens ohne Belang ist. (743)

(738) Vgl. dazu Blomeyer, § 41 II.

(739) A. A. Schäcker, S. 125 f; s. dazu o. Fl. 3n. 722.

(740) Vgl. Blomeyer, § 41 IV 4 u. § 92 I 1, 2.

(741) Diese Lösung fußt auf dem Gedanken, daß bei gemeinschaftlichen Vermögen die Prozeßführung durch ein Glied der Gemeinschaft den übrigen nicht zum Nachteil gereichen soll. Vgl. Blomeyer, § 9212.

(742) Ausnahmen bei Blomeyer, § 41 IV 3.

(743) Vgl. a. Art. 23 II AFG.

3. Kündigung der Investmentverträge

Eine Sonderstellung im Bereich der Ansprüche der Anleger nimmt der Anspruch auf Kündigung der Investmentverträge in globo gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft ein.

Während die Anleger einzeln ihre Investmentverträge gemäß § 10 II KAGG kündigen können, hat das KAGG in den in § 12 IV KAGG aufgezählten Fällen eine Vermutung für das Interesse der Gesamtheit der Anleger an einer Kündigung der Fondsverwaltung der Kapitalanlagegesellschaft aufgestellt und der Depotbank, da die Anleger in der Praxis kaum zur rechtzeitigen Kündigung ihrer Einzelverträge in der Lage wären, die Befugnis übertragen, dieses vermutete Kündigungsinteresse der Anleger für alle verbindlich geltend zu machen. (744)

Auch hier ist das wohlverstandene Interesse der Anleger - § 9 I 1 KAGG analog - ausschlaggebend. Das kann also im Einzelfall bedeuten, daß die Depotbank von der Ausübung dieses Gestaltungsrechtes der Anleger absehen muß, auch wenn die Tatbestände des § 12 IV KAGG gegeben sind.

III. Die Pflichten der Kapitalanlagegesellschaft

Im Rechtsverhältnis Depotbank - Kapitalanlagegesellschaft überwiegen die Pflichten der Depotbank bei weitem. Die Pflichten der Kapitalanlagegesellschaft sind zunächst die eines jeden Kunden der Depotbank; das folgt aus der Natur des Depotbankvertrages als besonderer Bankvertrag. (745) Sie sind durch die besondere Gestaltung der Geschäftsbeziehung im KAGG jedoch erheblich modifiziert.

Der Pflichtenkreis der Kapitalanlagegesellschaft läßt sich in folgende Bereiche gliedern:

- Allgemeine Verhaltenspflichten
- Beteiligung der Depotbank an der Fondsverwaltung
- Zahlung von Vergütung und Aufwendungsersatz

A. Allgemeine Verhaltenspflichten

Der Umstand, daß die Kapitalanlagegesellschaft die Depotbank nicht nur wie ein gewöhnlicher Bankkunde zur Erledigung ihrer Bankgeschäfte in Anspruch nimmt, sondern mit ihr für Rechnung der Anleger gemeinsamen, aber arbeitsteilig das Investmentgeschäft durchführt, erfordert seitens der Kapitalanlagegesellschaft die besondere Beachtung der allgemeinen Verhaltenspflichten, die gegenüber den AGB in einzelnen Bestimmungen des KAGG verschärft worden sind.

(744) S. dazu o. S. 123.

(745) Vgl. o. S. 63.

1. Auskunft zur Person und über die Organe

Nach Nr. 1 I AGB hat die Kapitalanlagegesellschaft hinsichtlich ihrer **Person wahrheits-**gemäße Auskunft zu geben sowie ihre **Zeichnungsberechtigten zu benennen**. Für den Depotbankvertrag ist diese Auskunftspflicht erweitert: Die Kapitalanlagegesellschaft muß der Depotbank auch die Namen der Mitglieder der Geschäftsführung bzw. des Vorstandes sowie der Mitglieder des Aufsichtsrates mitteilen, damit diese ihrer Kontrollpflicht hinsichtlich des Verbotes nach § 5 KAGG nachkommen kann.

2. Sorgfalt bei der Inanspruchnahme der Depotbank

Infolge der weitgehend rationalisierten Durchführung der einzelnen Bankgeschäfte verpflichten die Banken gemäß Nr. 6 AGB ihre Kunden zu besonderer Sorgfalt bei der Erteilung von Weisungen und Aufträgen.

Diese Sorgfaltspflicht ist im Investmentgeschäft von hervorragender Bedeutung. Denn die Kapitalanlagegesellschaft handelt gegenüber der Depotbank bei Anlagegeschäften für einen Investmentfonds ausschließlich im eigenen Namen. Daher muß der Depotbank im Hinblick auf ihre eigenen daraus resultierenden Pflichten jeweils erkennbar sein, ob die Kapitalanlagegesellschaft für eigene oder für Rechnung eines Investmentfonds handelt, wenn sie die Dienste der Depotbank in Anspruch nimmt.

Im Vergleich zum gewöhnlichen Zahlungsverkehr hat daher die Kapitalanlagegesellschaft die Pflicht, den Verwendungszweck bei Zahlung für Rechnung der Anlage eindeutig anzugeben. (746)

3. Unterhaltung eines ausreichenden Guthabens

Die Unterhaltung eines die mit der Ausführung einer Weisung oder eines Auftrages verbundenen Aufwendungen deckenden Guthabens obliegt jedem Bankkunden bereits nach den AGB. Unter Guthaben sind dabei jedoch alle disponiblen Mittel des Kunden zu verstehen, d. h. auch dem Kunden eingeräumte Kredite.

(746) Im gewöhnlichen inländischen Zahlungsverkehr hat die Angabe des Verwendungszweckes für die beauftragte Bank keine verbindliche Wirkung. Im Investmentgeschäft ist die Depotbank jedoch zur Beachtung aller den Investmentfonds betreffenden Angaben verpflichtet, S. o. S. 75 f. mit Fussn. 389. Zur Bedeutung der Spalte "Verwendungszweck" nach Nr. 4 I 2 AGB vgl. Consrubach, J., Revidierte "Allgemeine Geschäftsbedingungen" des Kreditgewerbes, in BB 1969, 9 (10).

Im Investmentgeschäft ist der Begriff Guthaben enger zu fassen. Soweit die Kapitalanlagegesellschaft Anlagegeschäfte zu Lasten eines Sperrkontos des Investmentfonds abschließt, muß dieses ein echtes Guthaben aufweisen. Eine Kreditierung von Anlagegeschäften ist nicht zulässig. Das ergibt sich aus §§ 1 I, 6 I 1 i. V. m. 11 III, IV KAGG, wonach nur die aus den Einzahlungen der Anleger und die aus den den Anlagegeschäften erwirtschafteten liquiden Mittel, die auf Sperrkonten bei der Depotbank verbucht sind, für den Erwerb von Fondswerten herangezogen werden dürfen. Die Pflicht zur Unterhaltung eines ausreichenden Guthabens im Investmentfonds ist namentlich wegen des jederzeit fälligen Auszahlungsanspruches der Anleger von grosser Wichtigkeit.

Unabhängig von den liquiden Mitteln des Investmentfonds hat die Kapitalanlagegesellschaft zuvörderst mit ihren eigenen Mitteln für die Verbindlichkeiten aus den Geschäften für einen Investmentfonds zu haften; sie hat also - unabhängig von der Barreserve des Fonds nach § 14 III lit. g KAGG - eine gewisse Liquiditätsreserve gemäß § 16 KAGG zu halten. In der Praxis wird die Depotbank die Unterhaltung eines Teils dieser Liquiditätsreserve bei ihr selbst verlangen. (747)

B. Die Beteiligung der Depotbank an der Fondsverwaltung

Nach § 11 KAGG ist die Kapitalanlagegesellschaft den Anlegern aus den mit diesen geschlossenen Investmentverträgen verpflichtet, die Depotbank in der vorgesehenen Weise an der Verwaltung des Investmentfonds zu beteiligen.

Wenn die Kapitalanlagegesellschaft dann der Depotbank die entsprechenden Aufträge bzw. Weisungen erteilt, erfüllt sie damit nicht etwa auch eine synallagmatische Verpflichtung aus dem Depotbankvertrag der Depotbank gegenüber. Bezüglich des Depotbankvertrages handelt es sich lediglich um mitwirkende Gläubigerhandlungen i. S. d. § 295 S. 1 2. Altern. BGB. (748)

Bei gewöhnlichen bankmäßigen Geschäftsbesorgungsverhältnissen ist der Kunde nicht verpflichtet, die ihm angebotenen Dienste der Bank auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen. (749) Nun hat die Kapitalanlagegesellschaft aber gemäß § 11 III, IV KAGG die nach § 11 I 1 KAGG zwingend beizuziehende Depotbank bei ihren Geschäften für den Investmentfonds entsprechend den darin enthaltenen Mindestanforderungen ständig in Anspruch zu nehmen. Es könnte sich dabei lediglich um eine Vertragspflicht gegenüber den Anlegern aus deren Investmentverträgen handeln. Andererseits verpflichtet § 11 VI KAGG die Depotbank zur Inverwahrnahme aller zum

(747) Man kann annehmen, daß sich die Depotbank bereits im Depotbankvertrag ausbedingt, daß die liquiden Mittel nach § 16 KAGG bei ihr unterhalten werden.

(748) Vgl. dazu Palandt-Danckelmann, § 295 Anm. 3.

(749) Vgl. zur Freiheit der Kreditinanspruchnahme Stauder, S. 51 f. S. a. die Präambel zu den AGB.

Fonds gehörenden Werte; zur Erfüllung der Mindestbeteiligungs- und der Kontrollaufgaben ist die Depotbank ihrerseits auf die Mitwirkung der Kapitalanlagegesellschaft angewiesen. Daraus folgt, daß die Kapitalanlagegesellschaft von Gesetzes wegen aus dem Depotbankvertrag zu mitwirkenden Gläubigerhandlungen i. S. d. § 295 S. 1 2. Alt. BGB verpflichtet ist.

Nach § 11 VII 1 Ziff. 1 KAGG hat die Depotbank des weiteren das Recht und die Pflicht, von der Kapitalanlagegesellschaft die Erfüllung von Leistungs- und Nebenpflichten der Kapitalanlagegesellschaft gegenüber den Anlegern zu verlangen. Doch kann man daraus nicht schließen, daß die Erfüllung dieser Ansprüche zugleich Vertragspflichten der Kapitalanlagegesellschaft gegenüber der Depotbank seien. Die gesetzliche Ermächtigung der Depotbank bzw. ihre Prozeßstandschaft für die Anleger reichen ja bereits aus, diese Ansprüche durchzusetzen.

Dennoch kann die Depotbank mit der Kapitalanlagegesellschaft nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit - § 305 BGB - vereinbaren, daß die Mitwirkungspflichten Leistungspflichten der Kapitalanlagegesellschaft gegenüber der Depotbank aus dem Depotbankvertrag selbst sind. (750)' (751)

1. Ermöglichung der Inverwahrnehmung der Fondswerte

Als Gläubiger der von der Depotbank aus dem Depotbankvertrag zu erbringenden Leistungen ist die Kapitalanlagegesellschaft bei der Gestaltung des Depotbankvertrages in der in § 11 KAGG vorgesehenen Weise verpflichtet, der Depotbank durch ihre Mitwirkung die Erfüllung der Inverwahrnehmung des § 11 IV KAGG zu ermöglichen.

a. Anteilscheinverkehr

Die Einzahlungen der Anleger und die von ihnen zurückgegebenen Anteilscheine werden gemäß § 6 II KAGG Bestandteil des Investmentfonds. (752) Die Kapitalanlagegesellschaft hat gemäß § 11 I 1, III 3, IV KAGG die Pflicht, die Einzahlungen und die zurückgereichten Anteilscheine der Depotbank zukommen zu lassen. Sie ist

(750) So hat der BGH in BB 1962, 116 die Regelung in einem Darlehensvertrag gebilligt, der den Darlehnsnehmer zur Annahme des Darlehens verpflichtete.

(751) Im Rahmen dieser Arbeit soll aber von dem im Gesetz geregelten Fall ausgegangen werden, daß die Beteiligung der Depotbank an der Verwaltung des Fonds in der im Gesetz und in den Vertragsbedingungen vorgesehenen Weise eine Mitwirkungspflicht der Kapitalanlagegesellschaft ist. Damit unterscheidet sich der Depotbankvertrag von sonstigen allgemeinen Bankverträgen, bei denen derartige Leistungspflichten neben der Pflicht zur Zahlung von Vergütung und Aufwendungsersatz nicht bestehen.

(752) S. o. S. 72 ff.

daher gegenüber der Depotbank verpflichtet, bei Abfassung der Vertragsbedingungen für die Investmentverträge die Anleger zu den entsprechenden Leistungen zu verpflichten.

Die nicht in Umlauf befindlichen Investmentanteilscheine, welche die Depotbank nach § 11 I 1 i. V. m. § 6 KAGG gleichfalls aufzubewahren hat, sind von der Kapitalanlagegesellschaft ebenfalls der Depotbank zur Verfügung zu stellen.

b. Mindestbeteiligung bei den Anlagegeschäften

Hinsichtlich der Anlagegeschäfte wird die Inverwahrnahme der Fondswerte weitgehend durch die Mindestbeteiligung der Depotbank nach § 11 III, IV KAGG gewährleistet, wonach die Kapitalanlagegesellschaft verpflichtet ist, die Lieferung bzw. die Kaufpreiszahlung über die Depotbank abzuwickeln. (753)

c. Auskunft über die Anlagegeschäfte

Weitere Pflicht der Kapitalanlagegesellschaft in diesem Zusammenhang ist die Auskunftspflicht über sämtliche von ihr durchgeführten Anlageentscheide. Soweit die Kapitalanlagegesellschaft deren Durchführung vollumfänglich auf die Depotbank überträgt, erübrigt sich eine gesonderte Auskunft.

d. Auskunft über sämtliche Fondswerte

Die Auskunftspflicht der Kapitalanlagegesellschaft erstreckt sich auch auf sämtliche Gegenstände des Investmentfonds. Soweit Fondswerte bereits im Besitz der Depotbank sind, ist eine besondere Auskunftserteilung nicht erforderlich. (754) Handelt es sich aber um sonstige Fondswerte, etwa um Forderungen, von deren Existenz die Depotbank trotz ihrer Mindestbeteiligung an der Abwicklung der Anlagegeschäfte keine Kenntnis hat, so kommt der unverzüglichen Auskunftspflicht der Kapitalanlagegesellschaft besondere Bedeutung zu. (755)

(753) Falls der Depotbankvertrag noch weitergehende Bestimmungen über die Durchführung der Anlagegeschäfte - z. B. die ausschließliche Beauftragung der Depotbank mit der Abwicklung sämtlicher Wertpapiergeschäfte - beinhaltet, so ist diese Pflicht der Kapitalanlagegesellschaft entsprechend umfangreicher.

(754) Der Kapitalanlagegesellschaft ist bereits in § 11 III, IV KAGG auferlegt, die Lieferung bzw. Zahlung der Gegenwerte ihrer Investmentgeschäfte ausschließlich an die Depotbank zu veranlassen.

Durch die Auskunftspflicht der Kapitalanlagegesellschaft wird daher der Depotbank die Kontrolle über den ordnungsgemäßen Eingang dieser Werte ermöglicht.

(755) Denn sonst könnte die Depotbank ihrer Wertermittlungspflicht nach § 18 III 3 KAGG nicht nachkommen.

2. Auskunft hinsichtlich der aufsichtsbehördlichen Anzeigen

Nach § 20 II 2 KAGG obliegt der Depotbank, Anzeigen zu bestätigen, welche die Kapitalanlagegesellschaft an die Bankaufsichtsbehörde zu richten hat. Dazu ist die Kenntnis vom Inhalt der zu bestätigenden Anzeigen erforderlich. Daher ist die Kapitalanlagegesellschaft aus dem Depotbankvertrag verpflichtet, der Depotbank die entsprechende Kenntnis zu geben.

Zu diesem Zweck ist eine bloße Auskunft der Kapitalanlagegesellschaft ausreichend. Praktischerweise wird die Kapitalanlagegesellschaft indes der Depotbank ihre Anzeige zwecks Anbringung des Bestätigungsvermerkes aushändigen, und die Depotbank sendet dann die vervollständigte Anzeige an die Bankaufsichtsbehörde ab.

3. Auskunft über die Vollstreckung in einen Fondsgegenstand

Die Depotbank ist nach § 11 VIII 1 Ziff. 2 KAGG verpflichtet, bei Vollstreckungen in Gegenstände des Investmentfonds die Drittwiderspruchsklage zu erheben. Soweit die Wertpapiere bei ihr in Besitz sind bzw. sie Schuldner der Forderungen ist, bedarf es einer Mitteilung seitens der Kapitalanlagegesellschaft nicht mehr. Hinsichtlich sonstiger zum Investmentfonds gehörender Vermögenswerte, deren Vollstreckungsschuldner die Kapitalanlagegesellschaft ist, bezüglich derer sie aber zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage nicht prozeßführungsbefugt ist, ist sie verpflichtet, der Depotbank die erforderliche Nachricht zu geben, damit diese aufgrund ihrer gesetzlichen Prozeßstandschaft einschreiten kann.

C. Zahlung von Vergütung und Aufwendungsersatz

Das KAGG erwähnt den Vergütungsanspruch der Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft sowie den Anspruch auf Aufwendungsersatz nur in §§ 11 VII, VIII 2 KAGG. Danach hatte die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank für die ausschließliche Verwaltung des Investmentfonds nur eine Vergütung zu bezahlen, während die Depotbank für die Geltendmachung der Ansprüche der Anleger sowie für die Erhebung der Drittwiderspruchsklage Vergütung und Aufwendungsersatz beanspruchen kann.

1. Der Vergütungsanspruch der Depotbank

Wie an anderen Stellen des KAGG muß auch in § 11 VII 2 KAGG die Nennung nur eines der Aufgabenbereiche der Depotbank als *par pro toto* für ihre gewöhnliche Tätigkeit bei der Durchführung des Investmentgeschäftes gesehen werden. Damit umfaßt

die Vergütung nach § 11 VII 2 KAGG das Entgelt für die Verwaltung des Investmentfonds sowie für die Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft. (756)

Außergewöhnliche Tätigkeiten der Depotbank sind die in § 11 VIII KAGG bezeichneten, aber auch jene, welche der Depotbank in ihrer Funktion als Ersatzverwalter obliegen. In letzterem Falle enthält das Gesetz gleichfalls keinen Vergütungsanspruch der Depotbank aus dem Fonds. Es kann aber nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber die umfangreiche Tätigkeit bei der Ersatzverwaltung unentgeltlich durchgeführt wissen wollte. Sofern der Depotbankvertrag keine ausdrückliche Regelung trifft, kann die Depotbank daher auch in diesen Fall außergewöhnlicher Tätigkeit eine angemessene Vergütung verlangen. (757)

Das KAGG gesteht der Depotbank für ihre gewöhnlichen Tätigkeiten im Investmentgeschäft die ihr "zustehende" Vergütung zu (§ 11 VII 2 KAGG), für die außergewöhnlichen Tätigkeiten aber eine "angemessene" Vergütung (§ 11 VIII 2 KAGG). Ist damit eine verschiedene Bemessungsgrundlage gemeint?

Eine angemessene Vergütung ist ein Entgelt, das billigerweise - den Umständen der Tätigkeit der Depotbank nach - berechnet werden kann. Hingegen ist die Frage nach dem der Depotbank zustehenden Entgelt für die Erledigung der laufenden Arbeiten des Investmentgeschäftes schwieriger abzugrenzen. Das Gesetz beläßt den Vertragspartnern insoweit volle Vertragsfreiheit, wie sie in Bankverträgen üblich ist. (758) Dennoch kann die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank nicht unangemessen hohe Provisionen, Zinssätze, Depotgebühren und sonstige den Bankkunden üblicherweise pauschal in Rechnung gestellte Spesen zubilligen, weil sie gegenüber den Anlegern, für deren Rechnung sie den Depotbankvertrag abschließt, gemäß § 9 I 1 KAGG zur Interessenwahrung verpflichtet ist. (759)

Das bedeutet z. B., daß die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank nicht die sogenannte (756) Wenn Schäcker, S. 68, aus der getrennten Aufzählung von Vergütung und Aufwendersatz in § 11 VIII 2 KAGG den Schluß zieht, daß diese besonderen Aufgaben der Depotbank nicht mehr im Depotbankvertrag gründen, so kann dem nicht gefolgt werden.

Der Grund, der den Gesetzgeber zur erneuten Benennung der Vergütungspflicht der Kapitalanlagegesellschaft geführt hat, ist die verschiedene Berechnungsweise der Vergütung nach § 11 VII 2 u. VIII 2 KAGG. S. dazu weiter unten

(757) Die Vergütung ist entsprechend § 612 II BGB zu bemessen.

Vgl. a. Nr. 14 AGB i. V. m. § 315 BGB.

(758) Vgl. Nr. 14 II AGB. S. Fußn. 761.

(759) Grundsätzlich dürfte einem Investmentunternehmen schon aus eigenem Interesse an niedrigen Vergütungssätzen für die Depotbank gelegen sein, da ja die Vergütung zu Lasten des Investmentfonds geht und somit das Ergebnis beeinträchtigt, von welchem der Werbeerfolg für den betreffenden Investmentfonds weitgehend abhängt.

Bei den deutschen Kapitalanlagegesellschaften aber, die in der Regel personell und beteiligungsmäßig von der Depotbank abhängig sind, besteht wegen dieser Verflechtung besonderer Anlaß zur Prüfung der Bemessung der Depotbankvergütung.

nannten Normalkonditionen des Bankgeschäfts zugestehen darf, die auf die Kleinkundschaft zugeschnitten sind. Andererseits wird man auch nicht die günstigsten Konditionen zum Maßstab nehmen können, welche die Depotbank anderen Großkunden gewährt, die nicht institutionelle Anleger sind, weil dort andere bankpolitische Gesichtspunkte entscheidend sein können. Eine im Fondsreglement vereinbarte Vergütung wird daher noch als im Rahmen des § 9 I 1 KAGG befindlich angesehen werden können, wenn sie nicht unangemessen hoch **festgesetzt ist.** (760)

Im Ergebnis ist also festzuhalten, daß die Kapitalanlagegesellschaft im Depotbankvertrag ihrer Natur nach **zwei verschiedene Vergütungsklassen festzusetzen hat:** die erste betrifft das Entgelt für außergewöhnliches Tätigwerden der Depotbank; das Entgelt hat angemessen zu sein (§ 11 VIII 2 KAGG); die zweite **betrifft das Entgelt für die gewöhnliche Depotbanktätigkeit;** sie darf nicht unangemessen hoch zugestanden werden (§ 11 VII 2 i. V. m. § 9 I 1 KAGG). (761)

2. Der Aufwendungsersatzanspruch der Depotbank

Auch wenn das KAGG der Depotbank nur im Hinblick auf die außergewöhnliche Tätigkeit nach § 11 VIII KAGG einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zuerkennt, so hat die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank dennoch alle mit dem Investmentgeschäft notwendig verbundenen Aufwendungen zu ersetzen. Insbesondere kommt Nr. 14 II AGB zur Anwendung; sie ist durch das KAGG nicht außer Kraft gesetzt.

3. Die Zahlungsmodalitäten

Schuldner des Vergütungs- und des Aufwendungsersatzanspruches der Depotbank ist die Kapitalanlagegesellschaft aufgrund des Depotbankvertrages. (762) Da die Erfüllung dieser Ansprüche zugleich eine Aufwendung der Kapitalanlagegesellschaft im Rahmen ihrer Investmentverträge für Rechnung der Anleger ist, kann die Kapitalanlagegesellschaft diese Beträge unmittelbar aus einem Sperrkonto des Investmentfonds

(760) Es besteht also ein Unterschied zwischen einer "angemessenen" Vergütung und einer solchen, die **"nicht unangemessen" ist; dabei brauchte ein höherer als angemessener Vergütungssatz noch nicht unangemessen zu sein.**

(761) Ein Verstoß gegen diese Grundsätze für die Festsetzung des Vergütungsanspruches der Depotbank ist von dieser selbst gemäß § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft - regelmäßig ein von ihr abhängiges Unternehmen geltend zu machen. Vgl. o. S. 146 ff.

Diese dem Ermessen mehr oder weniger überantwortete Vergütungsfrage bedeutet daher für die Depotbank einen nicht geringen Interessenkonflikt.

(762) Vgl. § 11 VIII 2 KAGG.

entrichten (§ 11 VII 1 KAGG). Andererseits kann die Depotbank auch selbst - in erweiterter Anwendung des § 11 VII 2 KAGG - die entsprechenden Beträge mit Zustimmung der Kapitalanlagegesellschaft von einem Sperrkonto des Investmentfonds abbuchen.

Diese Zustimmung der Kapitalanlagegesellschaft kann bereits mit Abschluß des Depotbankvertrages generell gegeben werden, so daß die Depotbank - wie im sonstigen Bankverkehr - zu den jeweiligen Kontoabschlüssen die ihr zustehende Vergütung und die ihr entstandenen Aufwendungen der Kapitalanlagegesellschaft durch Belastung eines Sperrkontos in Rechnung stellen kann.

IV. Die Rechtsnatur des Depotbankvertrages

Nachdem der Inhalt des Depotbankvertrages festgestellt ist, kann nunmehr seine Rechtsnatur bestimmt werden.

Bei den einzelnen Verwaltungspflichten der Depotbank wurde bereits herausgearbeitet, daß es sich um Dienstpflichten aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag handelt. (763) Was die Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft, die Geltendmachung der Anlegeransprüche und die Ersatzverwaltung anlangt, handelt es sich bei diesen quasi-treuhänderischen Aufgaben im Interesse der Anleger ebenfalls um Pflichten aus einem Geschäftsbesorgungsverhältnis, nur daß hier nicht Aufgaben, die an sich das Investmentunternehmen durchzuführen hat, (764) im Vordergrund stehen, sondern Aufgaben in unmittelbarer Tätigkeit für die Anleger.

Der Depotbankvertrag ist ein einheitlicher Vertrag, und zwar ein besonderer Bankvertrag, der rechtlich als Dienstvertrag zu qualifizieren ist und der dem Inhalt nach die Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft zur Besorgung bestimmter Geschäfte bei der arbeitsteiligen Durchführung des Investmentgeschäftes sowie zur Wahrnehmung der Anlegerinteressen verpflichtet.

Rechtsgrundlagen sind daher neben dem KAGG die §§ 611 ff., 675 BGB und damit der grösste Teil der Normen des Auftragsrechtes, soweit sich nach dem Inhalt des Depotbankvertrages keine Abweichungen ergeben. Dabei ergibt sich im einzelnen folgendes:

- §§ 663 BGB, 362 HGB, welche die Anzeigepflicht bzw. -obliegenheit bei Ablehnung von Aufträgen (765) betreffen, sind auf den Depotbankvertrag nicht anwendbar.
- § 664 BGB ist entsprechend anwendbar, (766) wie sich schon aus § 11 III 2 KAGG ergibt. (767)
- § 665 BGB gestattet dem Dienstverpflichteten auch ein Abweichen von

(763) S.o.S. 90 ff., 102, 111, 118, 120.

(764) Deshalb rechtfertigt sich auch die Qualifizierung der Depotbank als Substitut der Kapitalanlagegesellschaft, s.u. S.180 ff. (185).

(765) Vgl. dazu o.S. 63.

(766) Zur Frage der Anwendbarkeit des § 664 im Rahmen des § 675 BGB s.u. S. 182.

(767) § 11 III 2 KAGG ist somit lex specialis zur gesetzlichen widerlegbaren Vermutung des § 613 BGB.

den Aufträgen und Weisungen der Kapitalanlagegesellschaft; dieses Recht der Depotbank zu eigenständigem Handeln ist durch die treuhänderischen Aufgaben der Depotbank im Investmentgeschäft besonders akzentuiert und sogar zur Pflicht gemacht. (768) Aus ihrer Treuepflicht gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft ist die Depotbank jedoch zur vorherigen Anzeige verpflichtet, welche insoweit auch eine Anspruchsgeltendmachung i. S. d. § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG ist.

§ 667 BGB ist durch das KAGG modifiziert. Das Herausgaberecht der Kapitalanlagegesellschaft ist auf den Anspruch der Kapitalanlagegesellschaft gegen die Depotbank reduziert, hinsichtlich des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten die ordnungsgemäße Verbuchung bzw. Einlieferung auf für den Investmentfonds eingerichteten Sperrkonten bzw. -depots zu verlangen. Andererseits geht das so verstandene Herausgaberecht über § 667 BGB hinaus: § 667 BGB beschränkt sich dem Gegenstand nach auf aus der Geschäftsbesorgung Erlangtes. (769) Nach § 11 VI KAGG kann die Kapitalanlagegesellschaft von der Depotbank Herausgabe im Sinne von "Inverwahrnahme" hinsichtlich des Gegenwertes aller für Rechnung der Anleger des Investmentfonds getätigten Geschäfte verlangen, d. h. auch solcher, bezüglich derer die Depotbank nichts erlangt hat.

Weiterer Ausfluß der Herausgabepflicht der Depotbank ist ihre Pflicht, beim Depotbankwechsel sämtliche Gegenstände des Investmentfonds auf die Nachfolgebank zu übertragen.

- § 666 BGB ist im KAGG konkretisiert und erweitert. (770)
- § 668 BGB statuiert die Verzinsungspflicht der Depotbank für die Gelder des Investmentfonds, die sie für sich verwendet hat. Die Depotbank verwendet Geld des Investmentfonds für sich, wenn sie für den Investmentfonds bestimmte Mittel später valuiert, als ihr die wirtschaftliche Nutzung dieser Zugänge möglich ist. In der Bankpraxis haben sich jedoch Usancen herausgebildet, die diesen Grundsatz des § 668 BGB praktisch außer Kraft gesetzt haben. (771)

§ 669 BGB, der Anspruch auf Vorschuß für die objektiv erforderlichen Aufwendungen gewährt, gilt auch für den Depotbankvertrag. Er wird wohl nur in den Fällen der §§ 11 VIII, 13 KAGG aktuell werden. (772)

- § 670 BGB gilt uneingeschränkt für den Depotbankvertrag, obwohl der Ersatz von Aufwendungen in § 11 KAGG nur teilweise geregelt ist. (773)

(768) Vgl. auch Palandt-Gramm, § 664 Anm. 4.

(769) Vgl. Palandt-Gramm, § 667 Anm. 2.

(770) Vgl. o. S. 118 ff.

(771) Zur Problematik der Valutierung im Bankgeschäft vgl. insbes. Schaudwex, S. 122, 125.

(772) Bemerkenswerterweise ist der Anspruch auf Vorschuß in Nr. 14 AGB nicht enthalten.

(773) Vgl. auch Nr. 14 AGB sowie o. S. 160.

- § 671 II BGB, der dem § 627 II BGB entspricht, ist gleichfalls auf den Depotbankvertrag anwendbar. (774)
- § 672 BGB behandelt das Erlöschen des Depotbankvertrages. Er ist daher grundsätzlich auch auf den Depotbankvertrag entsprechend anzuwenden. (775)

Im übrigen gehen die besonderen Bestimmungen des Depotbankvertrages den dispositiven gesetzlichen Vorschriften vor.

§ 3 ZUSTANDEKOMMEN DES DEPOTBANKVERTRAGES.

Der Depotbankvertrag ist ein privatrechtlicher gegenseitiger Konsensualvertrag. Für seinen Inhalt gelten bestimmte gesetzliche Vorschriften; in ihrem dispositiven Bereich sind sie den AGB bzw. besonderen Regelungen nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit offen. (776)

Der Depotbankvertrag unterscheidet sich insofern von anderen Bankverträgen, als der Aufnahme des Investmentgeschäftes durch die Depotbank die Genehmigung ihrer Beteiligung an der Durchführung des Investmentgeschäftes seitens der Bankaufsichtsbehörde vorausgehen hat.

I. Die Auswahl der Depotbank

Eine Kapitalanlagegesellschaft, welche das Investmentgeschäft aufnehmen will, hat sich zuvor der Mitarbeit eines anderen Kreditinstitutes zu versichern, das zur Mitwirkung als Depotbank bereit ist. Da das KAGG keine besonderen Anforderungen an die auszuwählende Depotbank stellt, besitzt die Kapitalanlagegesellschaft insofern volle Handlungsfreiheit.

Hingegen wird die Abhängigkeit einer Kapitalanlagegesellschaft von der Bank, welche mehrheitlich an ihr beteiligt ist, in der Praxis bewirken, daß die Kapitalanlagegesellschaft regelmäßig diese Bank zur Depotbank bestimmt. (777)

Nach § 11 I 2 KAGG obliegt der Kapitalanlagegesellschaft als öffentlichrechtliche Pflicht, "die Auswahl der Depotbank... spätestens 2 Wochen vor Abschluß des Vertrages der Bankaufsichtsbehörde anzuzeigen."

Widerspricht das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen innerhalb gleichfalls zweiwöchiger Frist - § 11 I 3 KAGG -, so kann die Kapitalanlagegesellschaft gegen diesen belastenden Verwaltungsakt der Behörde mit Widerspruchsverfahren und Anfechtungsklage gemäß VwGO vorgehen oder aber ein anderes Kreditinstitut auswählen und dieses nunmehr nach § 11 I 2 der Bankaufsichtsbehörde anzeigen.

(774) Vgl. Palandt-Gramm, § 671 Anm. 1 c, 3. S.a.u.S. 166 f.

(775) Vgl. Palandt-Gramm, § 672 Anm. 3.

(776) Vgl. o.S. 63 f.

(777) Vgl. o.S. 43.

Sind seit Anzeige der Depotbankauswahl 14 Tage verstrichen und ist der Kapitalanlagegesellschaft innerhalb dieser Frist kein Widerspruch zugegangen, so sind beide Kreditinstitute zum Abschluß des Depotbankvertrages befugt.

II. Die Genehmigung der Vertragsbedingungen

Rechtlich gesehen ist für den Abschluß des Depotbankvertrages nur die Genehmigung der Auswahl der Depotbank Voraussetzung; die Genehmigung der Vertragsbedingungen für die abzuschließenden Investmentverträge - § 14 II 1 KAGG - ist für den Vertragsabschluß zwischen Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank keine Voraussetzung; die Genehmigung muß nach § 14 **hingegen** der Kapitalanlagegesellschaft vor Ausgabe des ersten Anteilscheines **erteilt worden sein.** (778)

Da sämtliche deutschen Kapitalanlagegesellschaften in ihren Vertragsbedingungen die Depotbank **namentlich nennen,** (779) geht in der Praxis die Auswahl der Depotbank der Genehmigung der Vertragsbedingungen vor.

Die Vertragsbedingungen sind von wesentlicher Bedeutung für den Depotbankvertrag. Denn obgleich sie für die Investmentverträge aufgestellt werden, (780) konkretisieren sie gleichzeitig wesentliche Pflichten der Depotbank aus ihrem Depotbankvertrag. (781) In der Praxis des Investmentgeschäftes wird eine Depotbank also erst dann den Depotbankvertrag schließen, wenn die Vertragsbedingungen festgelegt und genehmigt sind.

III. Der Abschluß des Depotbankvertrages

Der Zeitpunkt des Abschlusses des Depotbankvertrages ist infolge des Umstandes, daß die Depotbanken im deutschen Investmentgeschäft an der Abfassung der Vertragsbedingungen, wonach sich ihre **Vertragspflichten** teilweise bestimmen, teilnehmen,

(778) Vgl. ausführlich u. S. 312 f.

(779) Für den Anleger ist nämlich der Name der Depotbank eine gewisse Garantie, wenn er sich zur Kapitalanlage in Investmentanteilen entscheidet. Die Bezeichnung der Depotbank ist erstaunlicherweise in § 14 III KAGG nicht als Mindestinhalt der Vertragsbedingungen vorgeschrieben, obwohl die Depotbank gemäß § 17 I 3 KAGG die die Vertragsbedingungen enthaltenden Anteilscheine zu unterzeichnen hat.

(780) Vgl. § 14 I 1 KAGG.

(781) S. o. S. 64.

wenn sie wirtschaftlich gesehen nicht gar deren Urheber sind, spätestens auf die Festlegung der Vertragsbedingungen anzusetzen. Dabei braucht der Depotbankvertrag **nicht seinem gesamten Inhalt nach abgesteckt zu sein.** (782) Da aber die wesentlichen Punkte bezüglich der Durchführung des Investmentgeschäftes durch das KAGG und die **Vertragsbedingungen** des aufzulegenden Investmentfonds festgelegt sind, wohl auch die Vergütungsfrage geklärt ist, kann man also schon in jenem Augenblick von der Existenz des Depotbankvertrages selbst sprechen und braucht nicht erst auf einen Vorvertrag zum Depotbankvertrag zurückzugreifen. (783)

Der Depotbankvertrag kommt im übrigen nach den allgemeinen Regeln durch Angebot und Annahme zustande. (784)

Die Bankaufsichtsbehörde hat auf den Abschluß des Depotbankvertrages keinen Einfluß. Dies ist auch nicht erforderlich, da dem Schutzbedürfnis des Anlagepublikums mit der Genehmigung von Depotbankauswahl und Vertragsbedingungen Genüge getan ist.

§ 4 ÄNDERUNG DES DEPOTBANKVERTRAGES

Der **Depotbankvertrag** kann wie jeder andere privatrechtliche Vertrag geändert werden. (785) Dazu bedarf es eines Vertrages, (786) und **zwar** eines Änderungsvertrages, wenn der alte Depotbankvertrag im übrigen weiter **bestehen** soll, **oder** - nach Aufhebung des alten Vertrages - eines **völlig neuen Depotbankvertrages** (Novation). Änderungen des Depotbankvertrages unterstehen nicht einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung.

(782) Die Mehrheit der deutschen Kapitalanlagegesellschaften teilte indes auf Anfrage mit, daß außer den Vertragsbedingungen keine weiteren Vereinbarungen mit der Depotbank bestünden. Vgl. auch o. S. 64, sowie Fußn. 311 für den **Ausnahmefall** des Concentra-Fonds.

(783) Nach Schäcker, S. 68 ff. liegt insoweit nur ein Vorvertrag vor, als er die Verwahrungspflicht betrifft. Diese Unterscheidung ist hier nicht erforderlich, weil die §§ 688 ff. BGB als auf den Depotbankvertrag nicht anwendbar gewertet werden. Vgl. dazu o. S. 90 ff (93).

(784) Vgl. Schäcker, S. 67. Zur Frage der Annahme durch Stillschweigen s. o. S. 61.

(785) Hier sollen nur die rechtsgeschäftlichen Abänderungen des Depotbankvertrages erörtert werden. Zur Änderung infolge von Leistungsstörungen s. u. S. 169 ff.

(786) Eine einseitige Änderung - etwa durch die Depotbank - ist mangels besonderer gesetzlicher Ermächtigung unzulässig. Vgl. dazu Palandt-Danckelmann, § 305 Anm. 2.

I. Gesetzliche Schranken

Der Depotbankvertrag kann nicht beliebig abgeändert werden. Soweit das KAGG und die sonstigen gesetzlichen Grundlagen Schranken für den Inhalt des geänderten bzw. neuen Depotbankvertrages sind, ist die Vertragsfreiheit von Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank eingeengt. Da die Vertragsbedingungen, welche ihrerseits nicht ohne aufsichtsbehördliche Genehmigung abgeändert werden können, mittelbar Gegenstand des Depotbankvertrages werden, ist auch von dieser Seite einer wesentlichen Änderung des Depotbankvertrages ein Riegel vorgeschoben.

II. Ausrichtung am Interesse der Anleger

Innerhalb des verbleibenden Spielraumes haben Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank sich bei einer Änderung des Depotbankvertrages an dem Interesse der Anleger zu orientieren.

Wenn bei der Änderung des Depotbankvertrages die Kapitalanlagegesellschaft also gegen ihre Interessenwahrungspflicht nach § 9 I 1 KAGG verstößt, so hat die Depotbank gemäß § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG die Ansprüche der Anleger auf Wahrnehmung ihrer Interessen geltend zu machen. Das kann sie dadurch, daß sie nur solche Vertragsänderungen vorschlägt oder annimmt, die ihr im Interesse der Anleger vertretbar erscheinen.

§ 5 BEENDIGUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Das Rechtsverhältnis zwischen Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank unterscheidet sich hinsichtlich seiner Beendigung wesentlich von den Geschäftsbeziehungen sonstiger Kunden zur Depotbank. Nach Nr. 17 AGB kann der allgemeine Bankvertrag von Kunde oder Bank jederzeit und einseitig fristlos gekündigt werden. (787)

Da die Depotbank die Vermögensinteressen der Anleger zu wahren hat, würde die Gestattung einer gleichen Beweglichkeit im Geschäftsverkehr der Kapitalanlagegesellschaft mit der Depotbank dem Schutzinteresse der Anleger nicht gerecht. Das KAGG hat daher für den Wechsel der Depotbank bzw. für ihr Ausscheiden bei Beendigung der Verwaltung des Investmentfonds besondere Vorschriften aufgestellt.

I. Der Wechsel der Depotbank

Unter Wechsel der Depotbank versteht man das Ausscheiden einer Depotbank aus der materiell-technischen Verwaltung eines Investmentfonds unter gleichzeitigem Eintreten eines anderen Kreditinstitutes in diese Funktion.

Der Wechsel der Depotbank kann von der Kapitalanlagegesellschaft, der Depotbank selbst sowie von der Bankaufsichtsbehörde veranlaßt werden.

(787) Vgl. dazu Stauder, S. 150 ff.

A. Ausscheiden der alten Depotbank

Wenn die Kapitalanlagegesellschaft ein anderes Kreditinstitut an der **Fondsverwaltung** beteiligen will, so ist von ihr gemäß § 11 I 2 KAGG der "beabsichtigte Wechsel ... spätestens 2 Wochen vor Abschluß des Vertrages der Bankaufsichtsbehörde anzuzeigen." Dieser steht nach § 11 I 3 KAGG innert gleicher Frist das **Widerspruchsrecht** zu.

Die Anzeige beinhaltet neben der beabsichtigten Beendigung des Vertrages mit der bisherigen Depotbank die Mitteilung von der vorgesehenen neuen Depotbank. Auch wenn die Behörde nach § 11 I 3 KAGG dem Wechsel der Depotbank widersprechen kann, hat sie nicht die Möglichkeit, die bisherige Depotbank an ihrem Depotbankvertrag festhalten zu lassen, es sei denn, daß die Kapitalanlagegesellschaft noch keine den Anforderungen genügende neue Depotbank angezeigt hat. Damit betrifft das Widerspruchsrecht nur die Auswahl der neuen Depotbank; das Ausscheiden der bisherigen Depotbank versteht sich dabei von selbst.

Der Depotbank steht ein auf den Wechsel der Depotbank gerichtetes Anzeigerecht bzw. eine solche Pflicht nicht zu. Unabhängig von den öffentlichrechtlichen Pflichten der Kapitalanlagegesellschaft und ihrem Interesse an einer Fortführung der Fondsverwaltung mit einem anderen Kreditinstitut kann die Depotbank ihr Ausscheiden aus der Fondsverwaltung im Wege der Kündigung in die Wege leiten. (788)

Schließlich kann die Bankaufsichtsbehörde selbst, auch wenn die beiden Fondsverwalter ihr Rechtsverhältnis miteinander fortzusetzen gedenken, das Ausscheiden der Depotbank aus der Fondsverwaltung verlangen, indem sie der Kapitalanlagegesellschaft den Wechsel der Depotbank auferlegt, § 11 II KAGG. Diese Auflage begründet für die Kapitalanlagegesellschaft die öffentlichrechtliche Pflicht, ihr Rechtsverhältnis mit der Depotbank unverzüglich zu lösen. Auch wenn § 11 II KAGG der Behörde diese Befugnis ohne eine ersichtliche Voraussetzung einräumt, hat sie kein unbeschränktes Ermessen; die Kapitalanlagegesellschaft kann daher gegebenenfalls gegen eine von der Bankaufsichtsbehörde erteilte Auflage vorgehen. (789)

Voraussetzung für die Beendigung des Depotbankvertrages und damit für das Ausscheiden der Depotbank ist die wirksame Kündigung des Vertrages.

Eine Kündigungsfrist ist im Depotbankvertrag vereinbar, dürfte aber regelmäßig wegen der beherrschenden Stellung der Depotbank einerseits und der Natur der Investmentfonds als "open end"-Fonds andererseits nicht in den Depotbankvertrag aufgenommen werden. Legt die Bankaufsichtsbehörde den Depotbankwechsel auf, ist dies ein wichtiger Grund i. S. d. §§ 675, 611, 626 BGB i. V. m. § 671 II BGB. Danach muß die Depotbank als Auslaufrist ihrer Tätigkeit den Zeitraum akzeptieren, den die Kapitalanlagegesellschaft braucht, um mit einem anderen Kreditinstitut einen Depotbankvertrag zu schließen, das sind also gemäß § 11 I 2, 3 KAGG mindestens 2 Wochen.

Beendet die Depotbank ihre Tätigkeit als Fondsverwalter, bevor die Kapitalanlagegesellschaft die Möglichkeit zum Vertragsabschluß mit einer anderen Bank hatte, so haftet sie jener gemäß § 671 II 2 BGB auf Schadensersatz.

(788) S. dazu S. u. S. 169.

(789) Vgl. a.o. S. 163.

Geht der Depotbankwechsel auf die Initiative der Kapitalanlagegesellschaft zurück, so kann sie - sofern der Depotbankvertrag nichts anderes bestimmt - gemäß § 627 I BGB den Vertrag jederzeit fristlos kündigen; sie wird als Auslauffrist indessen die Zeit bis zum Eintritt der neuen Depotbank ansetzen. Die Depotbank ist dabei nach § 627 II BGB, der dem für die erstgenannte Alternative anwendbaren § 671 II BGB entspricht, gehalten, ihrerseits nicht vor der der Kapitalanlagegesellschaft zuzugestehenden Zeit ihre Tätigkeit zu beenden. (790)

B. Beauftragung der neuen Depotbank

Die Beauftragung der neuen Depotbank unterscheidet sich insoweit vom Abschluß des Depotbankvertrages beim Auflegen des Investmentfonds, als die neue Depotbank den Vertragsinhalt nicht mittelbar über die Vertragsbedingungen gestalten kann; diese bleiben nämlich vom Depotbankwechsel unberührt und bis zu einer von der Bankaufsichtsbehörde genehmigten Änderung verbindlich.

Die bisherige Depotbank wird in der Regel das Fondsvermögen unmittelbar an die neue Depotbank herausgeben.

II. Der Ablauf des Depotbankvertrages

Wie bereits festgestellt, werden die Depotbankverträge regelmäßig unbefristet sein. Beendigung des Depotbankvertrages durch Zeitablauf wird allenfalls infrage kommen, wenn der Depotbankvertrag nicht einseitig gekündigt wird, sondern wenn beide Vertragspartner eine Vereinbarung hinsichtlich der Vertragsbeendigung treffen; diese Vereinbarung ist jedoch eine Änderung des Depotbankvertrages. (791)

III. Die Kündigung des Depotbankvertrages

Kommt es aufgrund oder in Zusammenhang mit einer Kündigung des Depotbankvertrages zur Fortsetzung der Fondsverwaltung mit einer neuen Depotbank, spielt sich die Vertragsbeendigung so ab, wie dies bereits beim Depotbankwechsel dargestellt ist. (792) Anders ist hingegen die Situation, wenn die Kapitalanlagegesellschaft die Verwaltung des Investmentfonds aufgeben möchte.

(790) Vgl. zu diesem Abschnitt auch Gessler, S. 20; Baum, S. 154 f; Schäcker, S. 71. Zwar können Beendigung des Depotbankvertrages entsprechend den §§ 671 II, 627 II BGB und Vertragsabschluß mit der neuen Depotbank theoretisch auseinanderfallen. Da die bisherige Depotbank aber das Fondsvermögen nicht an die Kapitalanlagegesellschaft herausgeben darf, wird praktischerweise die Beendigung des Vertrages mit der bisherigen Depotbank an den Vertragsabschluß mit der neuen Depotbank geknüpft werden.

(791) Vgl. o. S. 165.

(792) S. o. S. 167 f.

Zur Beendigung der Fondsverwaltung ist die Kapitalanlagegesellschaft gegenüber den Anlegern gemäß § 12 I KAGG an eine mindestens dreimonatige Kündigungsfrist gebunden. Nach Ablauf dieser Kündigungsfrist greift kraft § 13 I KAGG das Ersatzverwaltungsrecht der Depotbank ein. (793)

Möchte nunmehr die Depotbank nicht mehr die Funktionen aus dem Depotbankvertrag ausüben, insbesondere im Hinblick auf das zu erwartende, wesentlich anders geartete Ersatzverwaltungsrecht gemäß § 13 KAGG, so steht ihr, sofern der Depotbankvertrag keine andere Regelung trifft, das Kündigungsrecht nach § 675, 671 II BGB zu, d. h. sie braucht nur eine solche Kündigungsfrist einzuhalten, innerhalb derer die Kapitalanlagegesellschaft ein anderes Kreditinstitut als neue Depotbank beauftragen kann. Die Kündigungsfrist ist hier grundsätzlich nicht anders zu beurteilen, als im Falle des vorbehandelten Depotbankwechsels. (794) Für den Fall, daß es der Kapitalanlagegesellschaft zwischen Beendigung des Depotbankvertrages mit der bisherigen Depotbank und der Beendigung ihres Verwaltungsrechts nach Ablauf der Kündigungsfrist gemäß § 12 I KAGG nicht gelingt, eine andere Bank mit den Aufgaben der Depotbank betraut zu haben, ergäbe sich die groteske Situation, daß für den Investmentfonds niemand mehr verantwortlich ist, die Depotbank nicht mehr infolge ihres abgelaufenen Depotbankvertrages und die Kapitalanlagegesellschaft nicht mehr infolge des in § 13 I KAGG ausgesprochenen Verwaltungsrechtsentzuges.

Die hier bestehende Gesetzeslücke könnte geschlossen werden, indem die Kündigungsfrist für die Depotbank für den Fall der Kündigung der Investmentverträge durch die Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 12 I KAGG mindestens gleichlang zu setzen ist.

IV. Die Ersatzverwaltung der Depotbank

Wenn die Depotbank kraft Gesetzes - § 13 I KAGG - das Ersatzverwaltungsrecht über den Fonds erhält, bleibt Grundlage für ihre geänderte Verwaltungstätigkeit der Depotbankvertrag, der vom Ausscheiden der Kapitalanlagegesellschaft und damit vom Wegfall der Investmentverträge nicht betroffen wird. (795) Er kann mit Beendigung der Ersatzverwaltung aufgehoben werden, d. h. entweder nach Einsetzung der neuen Kapitalanlagegesellschaft oder nach Abwicklung des Investmentfonds.

§ 6 LEISTUNGSSTÖRUNGEN

Die ordnungsgemäße Durchführung des Depotbankvertrages führt zur Erfüllung der Vertragspflichten beider Parteien. Leistungsstörungen entstehen, wenn die Depotbank oder die Kapitalanlagegesellschaft ihren vertraglichen Verbindlichkeiten nicht oder nicht ordnungsgemäß nachkommen. Leistungsstörungen können sowohl hinsichtlich der

(793) S. o. S. 123.

(794) S. o. S. 168.

(795) Dazu ausführlich u. S. 180 f.

eigentlichen Leistungspflichten - diese bestehen aus den Leistungshauptpflichten und aus den (selbständigen) Leistungsnebenpflichten - wie auch hinsichtlich der Sorgfaltspflichten - (unselbständige) Nebenpflichten - aufkommen. (796)
 Inhaltlich betreffen Leistungsstörungen die im BGB behandelten Fälle von Unmöglichkeit und Verzug sowie den mit der Sammelbezeichnung positive Forderungsverletzungen gekennzeichneten Bereich sonstiger Störungen des Vertragsverhältnisses. (797)
 Die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen richten sich nach der Natur der jeweiligen nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllten Verbindlichkeit aus dem Depotbankvertrag. (798)

Der Depotbankvertrag ist als ein Dienstvertrag qualifiziert worden, der ein gegenseitiger Vertrag mit synallagmatischen Leistungspflichten ist. (799) Damit sind die §§ 320 ff. BGB grundsätzlich anwendbar. (800) Sie sind dies jedoch nur insoweit, wie es sich tatsächlich um synallagmatische Pflichten handelt, also um solche Verbindlichkeiten aus dem Depotbankvertrag, die zueinander in genetischem und funktionellem Abhängigkeitsverhältnis stehen; (801) andere Verbindlichkeiten der Vertragspartner aus dem Depotbankvertrag richten sich hinsichtlich einer Leistungsstörung nach §§ 274, 275, 280, 286 ff. BGB. (802) Wie eine vertragliche Verbindlichkeit einzuordnen ist, kann, wenn sich das Gesetz oder der Vertrag nicht eindeutig äußern, nur durch Auslegung - §§ 157, 242 BGB - geklärt werden. (803) Für den Depotbankvertrag ist insbesondere § 11 KAGG von Bedeutung. Ob eine einzelne Pflicht der Depotbank oder der

(796) Da § 241 S. 1 BGB vom einheitlichen Leistungsbegriff ausgeht, läßt sich auch bei der Verletzung von unselbständigen und selbständigen vertraglichen Nebenpflichten von Leistungsstörungen sprechen. Vgl. Fikentscher, S. 28.

(797) Vgl. hierzu Staudinger-Werner, Vorbem. vor § 275, Rdn. 1.

Zu den Leistungsstörungen zählen auch die Fälle besonders geregelter Schlechterfüllungsfolgen, wie z. B. die Gewährleistungspflichten der §§ 459 ff. BGB.

(798) Die Verletzung selbständiger Haupt- und Nebenpflichten ist Unmöglichkeit oder Verzug, die Verletzung einer unselbständigen Nebenpflicht ist positive Forderungsverletzung.

(799) S. o. S. 161.

(800) Zur generellen Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf Dienstverträge vgl. BGHZ 10, 195; Staudinger-Kaduk, Vorbem. vor § 323, Rdn. 17.

(801) Genetische Abhängigkeit ist da gegeben, wo die Leistung der Depotbank um der Leistung der Kapitalanlagegesellschaft willen versprochen und erbracht wird, sowie umgekehrt: dies sind Verwaltung des Investmentfonds einerseits und Zahlung der Vergütung an die Depotbank andererseits. Vgl. a. Staudinger-Kaduk, Vorbem. vor § 320, Rdn. 4 ff.

Die funktionelle Abhängigkeit bedeutet, daß die entsprechenden Verpflichtungen in ihrer Erfüllung bzw. in ihrem Fortbestand gegenseitig bedingt sind, so daß bei Nichterfüllung der einen Verpflichtung auch die andere nicht erfüllt zu werden braucht, § 320 BGB.

(802) Vgl. RGZ 106, 24; Staudinger-Kaduk, Vorbem. vor § 320 Rdn. 14, 20; Vorbem. vor § 323 Rdn. 3.

(803) Vgl. Lorenz, Lehmann, L. § 21, 17. 1992, 108; Staudinger-Weber, § 241, Rdn. 89 f.

Kapitalanlagegesellschaft als Hauptpflicht, selbständige oder unselbständige Nebenpflicht zu werten ist, ist in dieser Arbeit jeweils bei ihrer Erörterung ausgeführt worden.

I. Leistungsstörungen der Depotbank

Leistungsstörungen der Depotbank sind hinsichtlich ihrer drei Aufgabengebiete - Verwaltung des Investmentfonds, Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft und Geltendmachung der Ansprüche der Anleger - möglich. Dabei handelt es sich aber nur im Falle der Verpflichtung zur Verwaltung des Fonds um eine synallagmatische Vertragspflicht; die beiden anderen sind selbständige Nebenpflichten.

Hinsichtlich der Verwaltungspflicht als Hauptleistungspflicht der Depotbank unterscheiden sich die Rechtsfolgen teilweise, je nachdem ob der Depotbankvertrag bereits in Vollzug gesetzt worden ist oder nicht.

Sind von der Depotbank noch keine Leistungen in Erfüllung des Depotbankvertrages erbracht worden, sind bei Leistungsstörungen der Depotbank die Rechtsfolgen der §§ 323 ff. BGB ohne Einschränkung anwendbar. (804) Das bedeutet für den Fall, daß der Depotbank die Verwaltung des Fonds unmöglich wird, und sie dieses nicht zu vertreten hat, daß die Depotbank von ihrer Leistungspflicht frei wird (§ 275 BGB) und die Kapitalanlagegesellschaft vom Vertrag Abstand nehmen, Schadensersatz nach § 281 BGB oder das bereits Geleistete zurückverlangen kann. Hat die Depotbank hingegen die Unmöglichkeit der Durchführung ihrer Verwaltungsaufgaben zu vertreten, so kann die Kapitalanlagegesellschaft unter Bezug auf diesen Tatbestand ihre Gegenleistung ablehnen, sie kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) erheben, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Depotbankvertrages nach § 325 I 1 1. Altern. BGB verlangen, vom Vertrag gemäß § 325 I 1 2. Altern. BGB zurücktreten oder wiederum die Rechte des § 323 geltend machen (§ 325 I 3 BGB).

Ein Verzug der Depotbank i. S. d. §§ 284 f. BGB, d. h. eine von ihr zu vertretende Leistungsverzögerung, gibt der Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 326 das Recht, entweder bei fruchtlosem Fristablauf oder bei fehlendem Interesse an der Erfüllung sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten; erfüllt die Depotbank jedoch innerhalb der angesetzten Frist, bleibt der Kapitalanlagegesellschaft ihr Anspruch auf Geltendmachung des Verzugschadens nach §§ 286 I BGB i. V. m. 288 BGB, 352 HGB. Sofern aber eine vorübergehende Unmöglichkeit vorliegt, die wegen der Natur des Depotbankvertrages als dauernde Unmöglichkeit für ihre Dauer zu werten ist, (805) stehen der Kapitalanlagegesellschaft die oben genannten Rechte aus § 325 BGB zu.

Störungen, die weder Unmöglichkeit noch Verzug sind, bedeuten positive Vertragsverletzung; sie geben der Kapitalanlagegesellschaft Anspruch auf Schadensersatz, aber auch die Rechte nach §§ 325 f. BGB. (806) Für das Effektingeschäft gelten daneben

(804) Dieser Grundsatz gilt für Dauerschuldverhältnisse allgemein, vgl. Fikentscher, S. 208.

(805) Vgl. BGHZ 10, 187 (189); Staudinger-Weber, Vorbem. vor § 275 Rdn. 40 ff.

(806) Vgl. hierzu Palandt-Gramm, § 326 Anm. 12.

die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB, 373 ff., 383 ff. HGB. (807)

Hat die Depotbank bereits Leistungen bezüglich ihrer Hauptleistungspflicht erbracht, stehen der Kapitalanlagegesellschaft bei Leistungsstörungen seitens der Depotbank grundsätzlich die gleichen Rechte zu wie in der zuvor behandelten Alternative; statt des Rücktrittsrechtes und der Alternative des § 323 I BGB, vom Depotbankvertrag Abstand zu nehmen, hat die **Kapitalanlagegesellschaft** nur das Recht der Kündigung mit der Wirkung ex nunc.

Hinsichtlich der selbständigen Nebenleistungspflichten der Depotbank besteht kein Austauschverhältnis zur Hauptleistungspflicht der Kapitalanlagegesellschaft. Dennoch ist die teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung des Depotbankvertrages durch Unmöglichkeit bezüglich der Kontrollpflicht bzw. der Pflicht zur Geltendmachung der Ansprüche der Anleger, der Unmöglichkeit der Gesamterfüllung gleichzuachten, (808) so daß der Kapitalanlagegesellschaft auch insoweit die Rechte aus § 323 BGB, jedoch mit der genannten Einschränkung des Rücktrittrechtes, zustehen; denn auch wenn die Kontrollpflicht und Pflicht zur Geltendmachung der Ansprüche der Anleger zur Hauptleistungspflicht der Kapitalanlagegesellschaft nicht im Austauschverhältnis stehen, so ist die Erfüllung dieser beiden **Nebenpflichten** für die Kapitalanlagegesellschaft infolge ihrer quasi-fiduziarischer Stellung gegenüber den Anlegern doch so bedeutsam, daß der Kapitalanlagegesellschaft im Fall der Unmöglichkeit oder des ihr gleichkommenden Verzuges ein Festhalten am Depotbankvertrag nicht mehr zumutbar ist.

Hinsichtlich der unselbständigen Nebenpflichten bleibt es bei den Rechtsfolgen der §§ 275, 279 ff. BGB; ein Recht zur Kündigung des Depotbankvertrages steht der Kapitalanlagegesellschaft also nicht zu.

Die Depotbank haftet für ein Verschulden ihrer Organe gemäß § 31 BGB. Ein Verschulden ihrer Hilfspersonen hat sie nach § 278 BGB wie eigenes Verschulden zu vertreten. Haftungsmaßstab ist § 276 I 2 BGB i. V. m. § 347 I HGB. Doch ist eine weitgehende Freizeichnung im Depotbankvertrag möglich. (809)

Macht die **Kapitalanlagegesellschaft** gegenüber der Depotbank die nicht ordnungsgemäße Erfüllung des Depotbankvertrages geltend, handelt es sich im Fall des Hauptleistungsanspruches auf Verwaltung des Fondsvermögens hinsichtlich des Anspruches auf Auszahlung der Vergütung und des Aufwendungsersatzes aus den Investmentverträgen um die Geltendmachung eines Anspruches für eigene **Rechnung** und im eigenen Interesse; im übrigen geschieht die Geltendmachung aber in fremdem Interesse, nämlich im **Interesse** der Anleger. Würde die Kapitalanlagegesellschaft nun von der Depot-

(807) Vgl. Palandt-Gramm, Vorbem. vor § 459 Anm. 12.

Bei verschuldeter Unmöglichkeit und bei Verzug hinsichtlich der Leistungserbringung sind neben den besonderen gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften auch die §§ 324 ff. BGB anwendbar, vgl. Palandt-Gramm, Vorbem. vor § 459 Anm. 2 a.

(808) Vgl. RGZ 88, 37; Palandt-Danckelmann, § 275 Anm. 5.

(809) Vgl. z. B. Nr. 3 III 2, IV 2, H. S.; 5 I 1; 7 1, H. S.; insbes. Nr. 10 S. 2 AGB.

bank im Falle einer Leistungsstörung Schadensersatz verlangen, so läge, geschieht dies für Rechnung der Anleger, ein Fall von Drittschadensliquidation vor. (810)

Bei der Kontrollaufgabe und der Aufgabe zur Geltendmachung der Anlegeransprüche gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft ist die Folge von Leistungsstörungen komplexer Natur. Wie bereits dargelegt, kann die Kapitalanlagegesellschaft die Einhaltung dieser zugunsten der Anleger bestimmten Pflichten der Depotbank fordern. (811) Die Kapitalanlagegesellschaft hat insofern an der ordnungsgemäßen Erfüllung dieser Aufgaben ein eigenes Interesse, als sie bei Nicht- oder Schlechterfüllung den Anlegern aus den Investmentverträgen zum Schadensersatz verpflichtet ist. Ist in einem konkreten Fall ein Schaden entstanden – die Kapitalanlagegesellschaft hat z. B. ein gegen die Vertragsbedingungen verstoßendes Wertpapier erworben, das in der Folgezeit einen großen Kursverfall aufweist –, so trifft der Schaden die Anleger. Jede Leistung von Schadensersatz kann also nur in den Investmentfonds für Rechnung der Anleger erfolgen. Die Anleger haben aufgrund ihrer Investmentverträge gegen die Kapitalanlagegesellschaft Anspruch auf Ersatz des gesamten Schadens, den die Kapitalanlagegesellschaft durch die Schlechterfüllung der Investmentverträge verursacht hat. Daneben könnten die Anleger von der Depotbank den Schaden ersetzt verlangen, (812) der ihnen im konkreten Sachverhalt ab dem Zeitpunkt entstanden ist, in dem die Depotbank schuldhaft ihren Pflichten gegenüber den Anlegern nicht nachgekommen ist, d. h. zwar bereits die Kapitalanlagegesellschaft kontrollieren konnte bzw. die Ansprüche der Anleger auf ordnungsgemäße Erfüllung des Investmentvertrages geltend machen konnte, aber in ihr vorwerfbarer Weise nicht tätig geworden ist. Falls die Zeitpunkte bei der Pflichtverletzung für Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank verschieden zu setzen sind, ist es, wie im Beispielsfall, möglich, daß die Depotbank für einen geringeren Schaden als die Kapitalanlagegesellschaft einzutreten hat. Aufgrund des Depotbankvertrages kann die Kapitalanlagegesellschaft selbst den Schaden der Anleger – der Dritten i. S. d. §§ 328, 335 BGB – in den Investmentfonds ersetzt verlangen. Da die Anleger ihren Schaden insgesamt nur einmal ersetzt verlangen können, bedeutet dies, dass die Kapitalanlagegesellschaft im Innenverhältnis eine Aufteilung der Schadensersatzpflicht erreichen kann. (813)

(810) Eine Verletzung des Depotbankvertrages durch die Depotbank bezüglich der Verwaltung des Fonds, der Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft wie der Geltendmachung der Kollektivansprüche der Anleger ruft den eventuell eintretenden Vermögensschaden nicht bei der Kapitalanlagegesellschaft als Vertragspartner, sondern bei den außerhalb des Depotbankvertrages stehenden Anlegern hervor. Das Investmentunternehmen kann aber dennoch, da es den Depotbankvertrag für fremde Rechnung eingegangen ist, den Drittschaden geltend machen, h. M., vgl. BGHZ 25, 258. Dies gilt unabhängig davon, ob die Depotbank Erfüllungsgehilfe oder Substitut der Kapitalanlagegesellschaft ist, vgl. Palandt-Danckelmann, § 249 Vorbem. 6 b; zur entsprechenden Anwendung des § 664 BGB, Palandt-Gramm, § 664 Anm. 1.

(811) S. o. S. 138 f.

(812) S. zu den Ansprüchen der Anleger aus Leistungsstörungen der Depotbank im Rechtsverhältnis Depotbank-Anleger u. S. 189 ff.

darüberhinaus eine Ausgleichungspflicht zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft besteht, hängt von der Gestaltung des Depotbankvertrages ab. Denn da keine echte Gesamtschuld zwischen Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank gegenüber den Anlegern besteht, (814) können nicht ohne weiteres die Grundsätze herangezogen werden, die zu §§ 421, 426 I BGB entwickelt sind. (815) Dennoch wird man nicht umhin können, den Rechtsgedanken des § 254 BGB im konkreten Fall heranzuziehen. (816)

Interessant dürfte das Feld der Leistungsstörungen im Feld der Effektenorder der Kapitalanlagegesellschaft an die Depotbank sein. Ein näheres Eingehen auf einzelne konkrete Tatbestände verbietet sich jedoch im Rahmen dieser Arbeit. (817)

II. Leistungsstörungen seitens der Kapitalanlagegesellschaft

Erfüllt die Kapitalanlagegesellschaft ihre aus dem Depotbankvertrag erwachsenden Pflichten der Depotbank gegenüber nicht oder nicht ordnungsgemäß, so liegen Leistungsstörungen des Rechtsverhältnisse Kapitalanlagegesellschaft - Depotbank vor. Leistungsstörungen können im Aufgabenbereich, der Depotbank die ihr zustehenden Beträge an Vergütung und Aufwendersatz zu zahlen, auftreten; während es sich bei der Pflicht zur Zahlung der Vergütung um die Hauptpflicht der Depotbank gegenüber handelt, ist die Pflicht zum Wendersatz für gemachte Aufwendungen eine selbständige Nebenpflicht der Kapitalanlagegesellschaft. (818) Im Falle der synallagmatischen Vergütungspflicht ziehen Störungen Ansprüche der Depotbank nach §§ 320

(813) Vgl. dazu Art. 26 I AFG sowie Fussnote 816.

(814) Vgl. zum Begriff Palandt-Danckelmann, § 421 Anm. 2.

(815) Vgl. dazu Palandt-Danckelmann, § 426 Anm. 1 a, 3 a, c.

(816) Insgesamt gesehen erscheint dieses Terrain im geltenden KAGG recht unsicher. Weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung sind Ansatzpunkte zu einer Behandlung der internen Schadenstragung durch die Fondsverwalter zu finden, soweit es sich um das deutsche Investmentgesetz handelt. Es erscheint indessen nicht ausgeschlossen, im Wege der rechtsvergleichenden Analogie den Rechtsgedanken des Art. 26 I 2, H. S. AFG anzuwenden.

(817) Das überaus interessante Feld der Leistungsstörungen im Investmentgeschäft, etwa hinsichtlich der Effektenorder der Kapitalanlagegesellschaft, bedürfte einer ausführlichen Darlegung. Vgl. z. B. die Arbeit Lussers: Die Haftungsverhältnisse bei Anlagefonds, Diss. Freiburg (Schweiz) 1964. Die hier vorliegende Arbeit hat ihre Aufgabe jedoch schwerpunktmäßig in der Darlegung des Tatbestandes des deutschen bzw. des schweizerischen Investmentgeschäftes und in seiner rechtlichen Qualifizierung. S. o. S. 41 f.

(818) Die Vergütungspflicht ist die synallagmatische Hauptpflicht der Kapitalanlagegesellschaft aus dem Depotbankvertrag, s. o. S. 158 f. Vgl. a, Palandt-Gramm, Einf. v. § 611 Anm. 3 c; § 611 Anm. 1.

Die Pflicht zum Aufwendersatz basiert teils auf dem KAGG (§ 11 VIII

ff. BGB nach sich; soweit nach §§ 325 f. BGB der Depotbank jedoch ein Rücktrittsrecht zustehen würde, gehen die besonderen Vorschriften der §§ 620 ff. BGB i. V. m. § 11 I KAGG bzw. §§ 675 i. V. m. 671 II BGB und § 11 I KAGG vor, je nach Gestaltung des Kündigungsrechtes im Depotbankvertrag. (819)

Die Beteiligung der Depotbank an der Fondsverwaltung wurde als mitwirkende Gläubigerhandlung der Kapitalanlagegesellschaft qualifiziert. (820) Eine Nichtbeteiligung der Depotbank ist daher Annahmeverzug der Kapitalanlagegesellschaft i. S. d. §§ 293, 295 S. 2 BGB mit den Rechtfolgen der §§ 300 ff. (304), 615 BGB. Weitere Ansprüche stehen der Depotbank aus ihrem Depotbankvertrag nicht zu, da die Pflicht der Kapitalanlagegesellschaft, sie an der Fondsverwaltung zu beteiligen, keine Leistungspflicht ist. (821)

Beteiligt die Kapitalanlagegesellschaft die Depotbank nicht in der erforderlichen Weise an der Fondsverwaltung, liegt darin jedoch eine Störung der jeweiligen Rechtsverhältnisse der Kapitalanlagegesellschaft mit den Anlegern. Die daraus rührenden Ansprüche der Anleger gegen die Kapitalanlagegesellschaft ist die Depotbank kraft Gesetzes, nämlich auf Grund § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG, durchzusetzen verpflichtet. (822) Daher können Verhaltensweisen der Kapitalanlagegesellschaft, die unter der Sammelbezeichnung Nichtbeteiligung der Depotbank an der Fondsverwaltung zusammengefaßt sind, gleichwohl gegebenenfalls zu Schadensersatzansprüchen der Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft führen bzw. Anlaß zur Kündigung des Depotbankvertrages geben; die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus der Nichtbeteiligung an der Fondsverwaltung geschieht dabei jedoch ausschließlich auf fremde Rechnung.

Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Kapitalanlagegesellschaft gegenüber der Depotbank (823) sind ihre unselbständigen Nebenpflichten aus dem Depotbankvertrag. Diesbezügliche Leistungsstörungen werden unter dem Begriff der positiven Vertragsverletzung erfaßt. (824) Sie geben der Depotbank in rechtsanaloger Anwendung der §§ 280, 286 BGB Anspruch auf Schadensersatz. (825)

2 KAGG), teils auf den allgemeinen Bestimmungen der §§ 611, 670 bzw. 611, 675, 670 BGB. Vgl. dazu Palandt-Gramm, § 611 Anm. 3 cc; BAG in AP § 670 Nr. 10 einerseits und Palandt-Gramm, § 675 Anm. 3 a andererseits.

(819) Zur Kündigung des Depotbankvertrages s. o. S. 168 f.

(820) S. o. S. 155.

(821) Eine Leistungspflicht zur mitwirkenden Gläubigerhandlung wird z. B. in Form der Beschäftigungspflicht bei Arbeitnehmern anerkannt, vgl. BAG in AP Beschäftigungspflicht Nr. 2; vgl. a. Palandt-Danckelmann § 283 Anm. 5.

(822) S. dazu o. S. 146 ff. Zu den einzelnen Ansprüchen der Anleger vgl. Ebner von Echenbach S. 95 f.

(823) S. dazu o. S. 154 ff.

(824) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 7.

(825) Der Anspruch geht auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, vgl. Palandt-Danckelmann, § 280 Anm. 4; § 286 Anm. 3.

Denkbar ist, daß ein Verhalten der Kapitalanlagegesellschaft zugleich gegenüber der Depotbank und gegenüber den Anlegern den Tatbestand der Leistungsstörung erfüllt. Für die Geltendmachung der jeweiligen daraus entstehenden Ansprüche spielt es dann keine Rolle, ob die Depotbank auf Grund ihrer depotbankvertraglichen Ansprüche oder hinsichtlich der Anlegeransprüche kraft ihrer gesetzlichen Verfügungsbefugnis vorgeht.

Es besteht für die Depotbank auch keine Konfliktsituation aus rechtlichen Gesichtspunkten, wenn sie zugleich eigene und fremde Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche durchsetzt, (826) etwa, wenn Schadensersatzansprüche der Anleger mit Ansprüchen der Depotbank gegen die Kapitalanlagegesellschaft auf Zahlung der ihr zustehenden Vergütung zusammentreffen, bzw. auf Ersatz ihrer Aufwendungen. Würde im konkreten Fall das Haftungskapital der Kapitalanlagegesellschaft zur Befriedigung der Kollektivansprüche der Anleger nicht ausreichen und hätte die Depotbank demgemäß das Konkursverfahren einzuleiten, so erhielte die Depotbank infolge der ihr nach §§ 12 III, 13 I KAGG zustehenden Verfügungsbefugnis über den Investmentfonds (827) die Möglichkeit, ihre Erfüllungs- bzw. Ersatzansprüche unmittelbar aus dem Fonds zu befriedigen. (828) Eine gegebenenfalls nicht ausreichende Haftungsmasse der Kapitalanlagegesellschaft geht also nach der Konzeption des KAGG grundsätzlich ausschließlich zu Lasten der Anleger, es sei denn, der Investmentfonds selbst enthielte nicht mehr genügend Substanz, um die Erfüllung- und Schadensersatzansprüche der Depotbank aus ihrem Vertrag mit der Kapitalanlagegesellschaft zu befriedigen.

2. ABSCHNITT: DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - ANLEGER

Als zweites Rechtsverhältnis der Depotbank im sogenannten Dreiecksverhältnis des Investmentgeschäftes ist ihr Verhältnis zu den Anlegern des Investmentfonds zu untersuchen.

§ 1 DER ANLEGER

Für das Rechtsverhältnis der Depotbank zu den Anlegern ist nur derjenige "Anleger" i. S. d. KAGG, der sich ihr gegenüber als solcher ausweisen kann.

(826) Tatsächliche Interessenkonflikte können sich aber ergeben, wenn die Kapitalanlagegesellschaft abhängiges Unternehmen der Depotbank ist. Vgl. a. Wendt, S. 81; Baum, S. 158.

(827) S. dazu o. S. 126 ff.

(828) S. dazu o. S. 160 f.

I. Anspruch auf Ausgabe eines Anteilscheines

Ein Kapitalanleger wird investimentrechtlicher Anleger bzw. späterhin "Anteilinhaber" (§ 1 I KAGG), wenn er mit der Kapitalanlagegesellschaft gemäß den Vertragsbedingungen seinen **Investmentvertrag** abschließt.

Aufgrund dieses Vertrages hat der Anleger den Ausgabepreis für den seiner Beteiligung entsprechenden Anteilschein an die Depotbank zu entrichten (§§ 11 III 3; 18 I 1 KAGG). Mit Erfüllung dieser Vorleistungspflicht wird sein Anspruch auf Aushändigung des oder der Anteilscheine durch die Depotbank fällig.

Der Anteilschein ist Wertpapier i. S. d. Wertpapierrechts. (829) § 17 I 1 KAGG bestimmt, daß Anteilscheine entsprechend den einschlägigen Vorschriften des Aktienrechts als Namens- oder als Inhaberpapiere ausgestellt werden können. (830)

In der Literatur gehen die Meinungen darüber auseinander, was das Wertpapier "Anteilschein" verbrieft.

Bei der Treuhandlösung werden unstreitig nur obligatorische "Ansprüche des Anteilinhabers" (§ 17 I 1 KAGG) verbrieft; denn dingliche Rechte stehen bei dieser Konstruktion des Rechtsverhältnisses Anleger-Kapitalanlagegesellschaft dem Anleger nicht zu. Bei der Miteigentumlösung hingegen stehen die mit dem Investmentfonds in Beziehung stehenden dinglichen Rechte im Miteigentum der Anleger, § 6 I 2 KAGG. Die h. M. nimmt für diesen Fall an, daß der Anteilschein auch das dingliche Anteilrecht verbrieft. (831) Die Gegenmeinung schließt aus der Tatsache, daß § 17 I 1 KAGG lediglich von der Verbriefung von Ansprüchen - interpretiert als Rechtsterminus - spreche und daß § 17 III b KAGG ausdrücklich bestimmt, die Übergabe eines Anteilscheines bewirke "auch" den Übergang des (dinglichen) Anteils des Übergebers am Investmentfonds, daß der Gesetzgeber das Wertpapier des Anlegers forderungsrechtlich ausstellt habe; für die Veräußerung der Fondsbeteiligung aber, um ein Auseinanderfallen von forderungsrechtlichen Ansprüchen und sachenrechtlichen Rechten zu verhindern den Übergang des dinglichen Anteilrechtes kraft Gesetzes in § 17 III 1 KAGG stipuliert habe. (832) Diese Frage ist aber praktisch bedeutungslos, da der Anleger gemäß der besonderen Gestaltung dieses Komplexes im KAGG einerseits die dinglichen Rechten innewohnenden Befugnisse nicht selbst ausüben kann und andererseits in seiner

(829) H. L. Vgl. v. Caemmerer, JZ, S. 48; Ebner von Eschenbach, S. 158 f; Gericke, S. 1277; Gessler, S. 25; Huber, S. 165; Reuter, S. 114; Tormann-Siara, § 17 Anm. I; § 18 Anm. I, S. 63 f.; Wendt, S. 166. Vor Erlass des KAGG wurde teilweise die These vom qualifizierten Legitimationspapier i. S. d. § 808 BGB vertreten, vgl. Barocka, S. 82, 84; Knoblich, S. 164 f.

(830) Vgl. zur Ausgestaltung als Inhaber- oder als Orderanteilschein ausführlich Ebner von Eschenbach, S. 162 ff.

(831) Vgl. v. Caemmerer, a. a. O.; Tormann-Siara, § 17 Anm. II; Gessler, S. 25; Huber, S. 42; Schadt, S. 57; Schuler, S. 1051; Reuter, S. 116.

(832) So Schäcker, S. 79 f.; Ebner von Eschenbach, S. 159 ff. (160); ausführlich Wendt, S. 165-185, der m. E. zutreffend darlegt, daß § 17 III 1 KAGG eine gesetzliche Akzessorietät des dinglichen Anteilrechtes zu den im Anteilschein

Rechtsstellung hinreichend, z. B. durch § 12 III 2 KAGG, geschützt ist. Man kann also mit Schäcker sagen, (833) daß der investmentrechtliche Anteilschein zwar rein dogmatisch ein forderungsrechtliches Wertpapier sei, praktisch aber einem dinglichen Wertpapier gleichkommt.

Im Anteilschein sind aber nicht nur die Rechte des Anlegers gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft verbrieft, wie dies der Wortlaut des § 17 I 1 KAGG vermuten ließe. Der Anteilschein repräsentiert die gesamte Rechtsstellung des Anlegers aus seiner Beteiligung am Investmentfonds, damit also auch sein Rechtsverhältnis zur Depotbank. (834)

II. Nachweis der Anlegereigenschaft

Während sich die Depotbank eines Investmentfonds durch den Auswahl-Genehmigungsbescheid der Bankaufsichtsbehörde, die in den Vertragsbedingungen enthaltene Nennung und durch ihre Unterschrift auf den Anteilscheinen ausweist, ist der Anleger in der Regel anonym. Zur Geltendmachung seiner Ansprüche hat er daher den Nachweis seiner Anlegerqualität zu führen.

Sobald der Anleger nach Abschluß seines Investmentvertrages von der Depotbank seinen Anteilschein ausgehändigt bekommen hat, ist dieses Wertpapier einziger Nachweis seiner Anlegereigenschaft, da mit Übergabe des Anteilscheines an einen Dritten sämtliche Anlegerrechte gemäß § 17 III KAGG wertpapiermäßig übertragen werden.

Zu Zwecken der Gewinnausschüttung lassen die Kapitalanlagegesellschaften an die Anleger neben den Anteilscheinen auch Bogen mit Gewinnanteilscheinen und Erneuerungsbogen ausgeben. (835) Bei den sogenannten Thesaurierungsfonds werden anfällende Erträge reinvestiert; die Anleger solcher Fonds erhalten also nur den im Gesetz als Haupturkunde, in der Praxis als Mantel, bezeichneten Anteilschein.

Beim Anteilschein ist die Innehabung bzw. Eintragung in das Anteilscheinbuch der Anleger - §§ 67 f. AktG entsprechend - zur Ausübung der in ihm verbrieften Rechte erforderlich; hinsichtlich der Gewinnanteilscheine ist der Besitz ausreichend. § 19 IV KAGG bestimmt entsprechend § 805 BGB, daß neue Bogen an den Inhaber des Er-

verbrieften obligatorischen Ansprüchen (§ 17 I 1 KAGG) bei der Übergabe des Anteilscheins statuiert.

Wenn Schäcker, S. 80, mit dem Hinweis auf § 1 KAGG einer "erweiternden Betrachtung" zuneigt, wie dies z. B. beim Terminus "Miteigentum" (§ 6 I 2 KAGG) erforderlich ist, so steht dem die in § 17 KAGG sorgfältig gewählte Terminologie (so Schäcker, S. 79) entgegen. Wie hier a. Wendt, S. 166.

(833) Schäcker, S. 80.

(834) Darauf weist namentlich Ebner von Eschenbach, S. 159, hin. Zu unterscheiden ist hiervon die abzulehnende Ansicht, daß der Anteilschein auch vertragliche Ansprüche des Anlegers zur Depotbank verbrieft. S. dazu u. S. 180.

(835) Vgl. § 19 IV KAGG.

neuerungsscheines nicht ausgehändigt werden dürfen, wenn der Besitzer der Haupturkunde der Ausgabe widerspricht.

III. Das Verhältnis zu den übrigen Anlegern

Aus § 10 I KAGG ist zu entnehmen, daß das Kollektiv der Anleger, die sich über die Kapitalanlagegesellschaft am selben Investmentfonds beteiligen, in einer Rechtsgemeinschaft steht. (836)

Vor Erlass des KAGG wurde die Ansicht vertreten, es handle sich um eine Gesamthandsgemeinschaft, und zwar eine einfache Gesellschaft nach § 705 BGB. (837) Die heute überwiegende Meinung vertritt die Theorie einer Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB. (838) Richtiger Ansicht nach handelt es sich jedoch um eine Gläubigergemeinschaft nach § 432 BGB. (839) Dem steht nicht entgegen, daß die Anleger von der Kapitalanlagegesellschaft aus ihren Investmentverträgen nicht nur eine unteilbare Leistung, sondern auch teilbare Leistungen verlangen können, wie die auf ihren Anteilschein entfallende Ertragsausschüttung und die Auszahlung bei Rückgabe des Anteilscheines. Denn § 432 BGB beläßt für das Innenverhältnis der Gesamtleistungsgläubigergemeinschaft Raum zu dispositiven Bestimmungen; im Zweifel kommt § 742 BGB - subsidiär - zur Anwendung, wonach jedem Anleger bei teilbaren Leistungen der anteilmäßige Betrag ausbezahlt ist. (840) Damit ist die Rechtsgemeinschaft der Anleger eines nach der Miteigentümlösung organisierten Investmentfonds mit jener der Hinterleger von Sammeldepots gemäß § 6 DepG zu vergleichen: die Rechtsgemeinschaft der be-

(836) Im Ergebnis ebenso Ebner von Eschenbach, S. 89, 154. Wendt, S. 84, stellt davon unabhängig auf den wirtschaftlichen Tatbestand der Kollektivanlageverträge ab und folgert aus der gleichgerichteten Interessenlage ein "einheitliches Schuldverhältnis" zwischen der Kapitalanlagegesellschaft und den Anlegern. Ohne gesetzlich begründete Rechtsgemeinschaft ist aber allein auf den jeweiligen Vertragsschluß abzustellen, vgl. Esser, § 96, 2 III. Dann würde es sich im deutschen Investmentrecht - wie im AFG - aber um ein Bündel individueller Investmentverträge handeln.

(837) Vgl. Barocka, S. 66. Für das geltende Recht auch Schadt, S. 49, und Fischer, S. 10 f.

(838) Vgl. Gessler, S. 24; Dürre-Füll, § 10 Anm. 1; Schuler, S. 1051; Schäcker, S. 148f. mit Fußn. 123; Reuter, S. 163; vom Berge und Herrendorf, S. 13; Huber, S. 50 f., 157.

(839) Ebner von Eschenbach, S. 153 ff.; ihm folgend Wendt, S. 89. Vgl. zur gleichen Ansicht im schweizerischen Investmentgeschäft u. S. 259.

(840) Ebner von Eschenbach stellt hinsichtlich der teilbaren Forderungen auf § 401 BGB ab, der mit § 432 BGB den subsidiären §§ 741 ff. BGB vorgeht, vgl. Enne-

teiligten Hinterleger besteht nur hinsichtlich des Miteigentums, nicht aber hinsichtlich der individuellen Hinterlegungsverträge mit dem Sammelverwahrer. (841)
Dieses Ergebnis ist aber auch aus dem Gesetz selbst zu entnehmen, und zwar gerade aus der Aufgabenzuteilung an die Depotbank: sie hat nach § 11 VIII 1 KAGG die unteilbaren Ansprüche der Anleger aus den Investmentverträgen - § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG - und hinsichtlich ihrer Berechtigung am Investmentfonds für den Fall der Zwangsvollstreckung - § 11 VIII 1 Ziff. 2 KAGG - geltend zu machen, während den Anlegern ihre Individualansprüche ausschließlich selbst zustehen. (842)

§ 2 DIE RECHTSNATUR

Zwischen den Anlegern und der Depotbank bestehen keine vertraglichen Beziehungen. Denn obgleich die Depotbank die Vertragsbedingungen und die Anteilscheine unterzeichnet, schließen die Anleger ihre Investmentverträge ausschließlich mit dem Investmentunternehmen ab. Demgemäß kann das Rechtsverhältnis der Depotbank zu den Anlegern nur ein Reflex ihres Rechtsverhältnisses zur Kapitalanlagegesellschaft sein. (843).

Es ist also zunächst das Rechtsverhältnis zur Kapitalanlagegesellschaft - der Depotbankvertrag - im Hinblick auf seine Auswirkung auf die Anleger zu qualifizieren. Gegenüber den Anlegern kann die Depotbank dreierlei Stellung haben:

- Erfüllungsgehilfe der Kapitalanlagegesellschaft
- Substitut der Kapitalanlagegesellschaft
- Schuldner eines Vertrages zugunsten Dritter (der Anleger)

I. Die Depotbank als Erfüllungsgehilfe oder Unterbeauftragter der Kapitalanlagegesellschaft

Das KAGG gibt keine Auskunft darüber, ob die Depotbank für die Anleger Erfüllungsgehilfe oder Substitut der Kapitalanlagegesellschaft ist. Nachdem aber das gesamte Rechtsverhältnis zwischen Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank untersucht worden ist, kann die Lösung aus dem Aufbau dieses Rechtsverhältnisses und der Funktion der Depotbank im Investmentgeschäft gefunden werden. Denn ausschlaggebend ist nicht

cerus-Lehmann, § 183 III. Indes setzt § 420 ein einheitliches Schuldverhältnis voraus, vgl. Palandt-Danckelmann, Überbl. vor § 420. Daß jeder Anleger aus seinem individuellen Investmentvertrag wie nach § 420 oder der subsidiären Bestimmung des § 742 BGB zu behandeln ist, sofern es sich um seine Individualansprüche handelt, ist vielmehr im KAGG positiv geregelt: §§ 10 II i. V. m. 18 II 2 KAGG.

(841) Vgl. Opitz, §§ 6-8 Anm. 17. Wie hier auch Ebner von Eschenbach, S. 148 ff. (151); Wendt, S. 87 ff. (88).

(842) Ebenso v. Caemmerer, S. 46.

(843) S. dazu schon o. S. 110, 164.

das Rechtsverhältnis zwischen den Fondsverwaltern, das Innenverhältnis, sondern in welchen Funktionen die Depotbank den Anlegern als den Gläubigern der Kapitalanlagegesellschaft tatsächlich gegenübertritt. (844)

Die Depotbank ist Erfüllungsdienster der Kapitalanlagegesellschaft, wenn sie mit Willen der Kapitalanlagegesellschaft deren Haupt- und Nebenpflichten gegenüber den Anlegern aus deren Investmentverträgen erfüllt. (845)

Andererseits bedient sich die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank nicht zur Erfüllung, wenn sie ihr - berechtigterweise - die Ausführung der ihr nach der arbeitsteiligen Konzeption des Investmentgeschäftes zustehenden Aufgaben vollständig übertragen hat. (846) Denn dann hat die Kapitalanlagegesellschaft mit Übertragung dieser Aufgaben insoweit bereits ihre Vertragspflichten gegenüber den Anlegern erfüllt.

In diesem Fall ist die Depotbank Substitut der Kapitalanlagegesellschaft. (847)

Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Substitution und Erfüllungsgehilfenschaft ist, daß der Substitut die ihm übertragenen Aufgaben in eigener Verantwortung, wenn auch - bei entsprechender Gestaltung der Substitution - nach den ihm von dem ersten Beauftragten mitgegebenen Weisungen, ausführt. Im Gegensatz zum Gehilfen unterstützt er nicht nur den ersten Beauftragten, sondern handelt selbständig in dem Sinne, daß er selbst über die erforderlichen Maßnahmen entscheidet und daher bei der Durchführung der ihm übertragenen Aufgaben an die Stelle des ersten Beauftragten tritt. (848) Dabei ist eine Unterbeauftragung auch dergestalt möglich, daß der zuerst Beauftragte dem Auftraggeber weiterhin zur Ausführung des Auftrages verpflichtet bleibt, daher den Substituten zu überwachen und ihm gegebenenfalls Weisungen zu erteilen oder ihn abzuberufen hat. (849) Für die Depotbank scheidet die Rechtsstellung als Substitut der Kapitalanlagegesell-

(844) Vgl. RGZ 108, 221; Esser, § 53 Ziff. 3 b, ee, spricht daher zu Recht vom funktionsbedingten Erfüllungsdienster. Vgl. auch Staudinger-Werner, § 278 Rdn. 23.

(845) H. M. Zu den Nebenpflichten zählen auch die sogenannten Sorgfalts- oder Obhutspflichten, vgl. Staudinger-Werner, § 278 Rdn. 29, 34.

(846) Für die Substitution ist unerheblich, ob die Unterbeauftragung im Namen der Anleger oder im eigenen Namen der Kapitalanlagegesellschaft erfolgen würde; indes schreibt § 1 I KAGG die letztere Alternative zwingend vor. Vgl. a. RGZ 78, 312.

(847) Auf dieses Kriterium, daß der Beauftragte dem Substituten die Geschäftsführungsbefugnis hinsichtlich des Gegenstandes des Unterauftrages vollständig abgetreten haben muß, hat schon RGZ 78, 312 hingewiesen und eine Substitution für all die Fälle abgelehnt, in denen sich der Beauftragte der Geschäftsführungsbefugnis hinsichtlich dieser Aufgaben nur teilweise entledigt hat. Vgl. aber die Gestaltungsmöglichkeiten des Substitutionsvertrages (s. folg. Abs.), die mit dem hiergenannten Abgrenzungskriterium nicht zu verwechseln sind.

(848) Vgl. Staudinger-Nipperdey, § 664 Rdn. 8; Larenz II, § 52 II, S. 258; RGZ 161, 73; BGH in Der Betrieb 1958, 133.

(849) H. M. Vgl. RGZ 78, 312; Larenz, a. a. O.

schaft nicht schon deshalb aus, weil sie mit jener als der Beauftragten der Anleger ihrerseits in einem Rechtsverhältnis steht, welchem §§ 611, 675 BGB zugrunde zu liegen sind, (850) § 613 S. 1 BGB aber allenfalls Gehilfenzuziehung gestattet, (851) § 664 I 2 BGB, der die Substitution bei Auftragsverhältnissen betrifft, in § 675 BGB nicht erwähnt ist. Denn zunächst bedeutet das Schweigen des Gesetzes in § 675 BGB nicht schlechthin den Ausschluß der Substitution bei Geschäftsbesorgungsverhältnissen. (852) Andererseits ist auch § 613 S. 1 BGB nur eingeschränkt anwendbar, da § 11 I KAGG als *lex specialis* hinsichtlich der Verwahrung des Fondsvermögens und der Ausgabe sowie Rücknahme der **Anteilscheine** ja ausdrücklich die Hinzuziehung eines Dritten, nämlich der Depotbank, vorschreibt.

Auch wenn § 11 I 1 KAGG von "beauftragen" spricht, ist damit noch nicht geklärt, wie die Hinzuziehung der Depotbank aus der Sicht der Anleger zu qualifizieren ist. Da das Gesetz also insoweit schweigt, ist zur weiteren Klärung dieser Frage auf die **rechtstatsächlichen Gegebenheiten** abzustellen.

Die Vertragsbedingungen der deutschen Investmentfonds bezeichnen ausnahmslos die von der Kapitalanlagegesellschaft beauftragte Depotbank. (853) Diese freiwillige Publizierung des als Depotbank wirkenden Vertragspartners der Kapitalanlagegesellschaft ist ein Hinweis dafür, daß die Kapitalanlagegesellschaft bei Abfassung der Investmentverträge der Ansicht ist, daß den Anlegern sehr daran gelegen sei, wer zu ihrem Schutze die treuhänderischen Funktionen der Depotbank ausübt. (854) Unter Mithinberücksichtigung der Tatsache, daß die deutschen Investmentfonds in der Regel mittelbare Gründungen ihrer Depotbank sind, (855) muß man davon ausgehen, daß der Anleger beim Abschluß des Investmentvertrages mit der Kapitalanlagegesellschaft die "Beauftragung" der in den Vertragsbedingungen genannten Depotbank als wesentlichen Vertragsinhalt auffaßt.

Der Anleger wird daher aus seinem Schutzinteresse heraus eher für eine Depotbank

(850) S. o. S. 161.

(851) Vgl. dazu Palandt-Gramm, § 613 Anm. 1.

(852) BCh in LM Nr. 1 zu § 664 BGB; RGZ 78, 313; Ennecerus-Lehmann § 164 I a. E.; Lorenz II § 52 V, S. 265. A. A. Staudinger-Nipperdey § 664 Rdn. 27; Palandt-Gramm, § 664 Anm. 4. Ebenso Wendt, S. 69.

(853) Vgl. o. S. 134.

(854) Auch bewirkt die Vorschrift des § 17 I 2 KAGG, wonach die den Anlegern ausgehändigten Anteilscheine auch die Unterschrift der Depotbank tragen müssen, folglich beim Depotbankwechsel der neuen Lage angepaßt oder umgetauscht werden müssen, daß der Anleger jederzeit unterrichtet ist, welches Kreditinstitut die Rolle der Depotbank übernommen hat.

(855) Vgl. o. S. 43.

optimieren, die unabhängig, d. h. rechtlich trotz Weisungsgebundenheit in eigener Verantwortung die ihr übertragenen Aufgaben wahrnimmt, als für eine Hinzuziehung einer "Hilfsperson-Depotbank". Aus der Sicht des Anlegers - in funktioneller Betrachtungsweise (856) - bleibt eine Hilfsperson der Kapitalanlagegesellschaft nämlich hinsichtlich der Erfüllungsgefahr, die mit der Abwicklung der Pflichten aus dem Investmentvertrag verbunden ist, im Hintergrund. (857) So interessiert ihn auch nicht, wen die Kapitalanlagegesellschaft als typische Hilfspersonen bei der Durchführung des ihr zugedachten Teiles der arbeitsteiligen Investmentverwaltung zuzieht, etwa ihre eigenen Angestellten, Effektenkommissionäre oder Anlageberater. Die ausdrückliche Nennung der Depotbank in den Investmentverträgen bedeutet daher mangels eines ausdrücklich entgegenstehenden Vertragsinhaltes, daß die Depotbank gegenüber den Anlegern die Funktion eines Unterbeauftragten der Kapitalanlagegesellschaft haben soll. (858)

Dieses Ergebnis wäre aber noch zusätzlich aus der Sicht der Kapitalanlagegesellschaft selbst zu untermauern. Bei Geschäftsbesorgungsverhältnissen wird die Unterscheidung zwischen Erfüllungsgehilfen und berechtigterweise zugezogenen Unterbeauftragten für die Haftungslage bedeutsam. Nach §§ 675, 611, 613 S. 1 BGB haftet der Geschäftsherr gemäß § 278 BGB; nach §§ 675, 611, 664 I 2 analog haftet er nur für culpa in eligendo et custodiendo. Das Reichsgericht hat dies deutlich zum Ausdruck gebracht: "Haftung für culpa in custodiendo und Haftung für fremde Schuld sind zweierlei Dinge. Die letztere Haftung ist eine so schwere Belastung, daß sie ohne bestimmten Anhalt im Gesetz oder Vertrag nicht unterstellt werden kann." (859) Wie aber bereits festgestellt, enthält das KAGG in § 11 I 1 zwar eine Bestimmung dafür, daß die Depotbank hinzugezogen werden darf bzw. muß, eine Haftungsnorm fehlt allerdings im Gesetz über die Kapitalanlagegesellschaften. Das wirtschaftliche Interesse der Kapitalanlagegesellschaft geht aber in der Regel auf eine Beschränkung ihrer potentiellen Haftung

(856) Die Beteiligungsverhältnisse der Depotbank an der Kapitalanlagegesellschaft oder die Rechtsnatur des Depotbankvertrages haben bei der hier vorzunehmenden Abgrenzung, dies sei noch einmal unterstrichen, keine rechtliche Bedeutung; sie können jedoch Indiz für die rechtliche Qualifizierung sein.

(857) Daher hat derjenige, der sich seinem Gläubiger gegenüber einer Hilfsperson bedient, auch gemäß § 278 BGB in einer Art Erfolgshaftung Gefährdungen des Erfüllungsinteresses des Gläubigers zu vertreten. Vgl. Palandt-Danckelmann, § 278 Anm. 1; RGZ 78, 314.

(858) Die zur Zeit geltenden Vertragsbedingungen enthalten keine Bestimmungen, die der Vermutung der Substitution entgegenstehen.

(859) RGZ 78, 314. Demgegenüber kann die apodiktische Feststellung von Wendt, S. 70, "Die vertragliche Stellung der KAG setzt eine umfassende Haftung voraus" nicht durchgreifen.

für den Anlegern durch die Depotbank zugefügten Schaden, so daß man im KAGG die Haftungsfrage entsprechend § 664 I 2 BGB lösen kann. (860).

Wollte man an diesem Ergebnis unter dem Gesichtspunkt zweifeln, daß der Anleger, der doch nur mit der Kapitalanlagegesellschaft kontrahiere, unter Anwendung des Haftungsmaßstabes des § 278 BGB besser geschützt sei, daß also deshalb, zum Schutze des Anlegers, Erfüllungsgehilfenschaft wünschenswert sei, so ginge eine solche Argumentation am Wesentlichen vorbei. Denn zunächst muß man sich vor Augen halten, daß dem Anleger die der faktischen Selbständigkeit der Depotbank - z. B. bei Wahrnehmung ihrer fiduziarischen Kontrollfunktion - entsprechende rechtliche Qualifikation als Substitut der Kapitalanlagegesellschaft wirtschaftlich in keiner Weise zum Nachteil gereicht. Der sogenannte Vorteil, den eine Konstruktion der Erfüllungsgehilfenschaft auf der Basis des § 278 BGB erzielt, ist im Ernstfall wegen des regelmäßig geringen Haftungskapitals der deutschen Kapitalanlagegesellschaften nämlich wirtschaftlich illusorisch, ein "Durchgriff" auf die Depotbank aber recht zweifelhaft. Zudem ist die Kapitalanlagegesellschaft wegen der Unterbeauftragung der Depotbank im eigenen Namen gegenüber den Anlegern verpflichtet, sämtliche ihr gegen die Depotbank aus dem Depotbankvertrag erwachsenden Ansprüche nach §§ 675, 667 BGB abzutreten; sie ist aufgrund des Substitutionsvertrages durchaus in der Lage, sich von der Depotbank Auskunft erteilen und Rechenschaft geben zu lassen sowie die Depotbank dauernd zu überwachen. (861) Das Bestehen all dieser Pflichten bei der Substitution zeigt somit, daß der Anleger auch im Hinblick auf die tatsächlichen Auswirkungen bei der Qualifikation der Depotbank als Substitut nicht schlechter gestellt ist. Nicht zuletzt ist aber auch aus folgender Überlegung die Qualifizierung der Beteiligung der Depotbank als eine Substitution vorzuziehen: Es widerspricht einfach der allgemeinen Konzeption von der Erfüllungsgehilfenschaft im Bankgeschäft, (862) daß der Erfüllungsdienstleister seines Geschäftsherrn ist (863) und obendrein - § 11

(860) Vgl. a. Erman-Hauss, § 664 Anm. 5.

(861) § 666 BGB.

(862) Vgl. etwa die Qualifizierung der einzelnen Rechtsverhältnisse bei Banküberweisungen. Der Auftraggeber bedient sich seiner den Überweisungsauftrag zur Bearbeitung annehmenden Bank als Erfüllungsgehilfe gegenüber dem Überweisungsempfänger, der sein Gläubiger bezüglich des zu überweisenden Betrages ist. Denn dem Gläubiger kommt es nicht darauf an, wer die Erfüllungshandlung des Schuldners durchführt, sondern allein darauf, daß erfüllt wird.

(863) Auf einer anderen Ebene liegt die Tatsache, daß die Depotbanken wirtschaftlich - infolge ihrer Beteiligungsverhältnisse - "Kontrolleure" - der Kapitalanlagegesellschaften sind. Dieses Phänomen, daß der Hintermann gegenüber dem Auftraggeber nicht in Erscheinung tritt, wie dies z. B. bei Verkaufsgesellschaften von Konzernen der Fall ist, ist häufig anzutreffen und rechtlich unbedenklich; der "Hintermann", der die den Kaufgegenstand betreffende Leistung erbringt, ist Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. Denn dieser Erfüllungsgehilfe handelt rechtlich gesehen auf Weisung des Geschäftsherrn und unterstützt ihn bei der Erfüllung dessen Verbindlichkeit gegenüber dem Käufer, nicht

VIII 1 Ziff. 1 KAGG- Im Interesse der Anleger womöglich gerichtlich gegen diesen vorgeht. (864)

Dogmatische Schwierigkeiten würde auch die Rechtsstellung der Depotbank in ihrer Funktion als Ersatzverwalter bereiten, wenn man sie als Erfüllungsgehilfe der Kapitalanlagegesellschaft qualifizierte. Denn nach ganz einhelliger Meinung kann nur solange von Erfüllungsgehilfenschaft gesprochen werden, wie die Kapitalanlagegesellschaft gegenüber den Anlegern vertragliche Pflichten zu erfüllen hat; (865) Wenn man aber - auch wieder mit h. M. - im Augenblick des Erlöschens der Rechtsstellung der Kapitalanlagegesellschaft gegenüber dem Investmentfonds respektive den Anlegern als seinen wirtschaftlichen Trägern die Investmentverträge erlöschen läßt, (866) wäre für eine Erfüllungsgehilfenschaft kein Raum mehr. Vielmehr würde die Depotbank ohne mittelbare vertragliche Beziehung zu den Anlegern stehen. Man müßte dann die Rolle der Depotbank gegenüber den Anlegern rein auf gesetzliche Vorschriften gründen, obwohl das KAGG sich von seiner ganzen Anlage her in die bestehende vertragliche Struktur des Investmentgeschäftes einfügen wollte. Für den Fall der Ersatzverwaltung des Investmentfonds durch die Depotbank erweist sich die Praktikabilität der hier vertretenen Substitutionstheorie. Denn der Unterbeauftragung eignet gerade die Vermutung, daß sie von der Fortdauer des Hauptauftrages unabhängig ist, d. h. das Erlöschen der Investmentverträge hat bei befügter Substitution keinen Einfluß auf die Dauer des Depotbankvertrages; (867) es löst einzig die erweiterte Rechtsstellung der Depotbank gemäß § 13 KAGG aus. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Depotbank gegenüber den Anlegern als Unterbeauftragte der Kapitalanlagegesellschaft zu betrachten ist, sofern die Investmentverträge - die Vertragsbedingungen - nicht so gefaßt sind, daß die Depotbank als Erfüllungsgehilfe einzustufen ist; (868)

aber unterstützt er den Auftraggeber - Käufer - hinsichtlich dessen Ansprüche gegen den Geschäftsherren.

(864) Um auf das Beispiel der Banküberweisung zurückzukommen: selbst die Zwischenbanken des mehrgliedrigen Überweisungsverkehrs sind keine Erfüllungsgehilfen der Bank des Auftraggebers bzw. des Überweisungsempfängers; gerade wegen der Haftungsfragen im Überweisungsverkehr wird dort seit eh und je nur von Unterbeauftragung gesprochen - dies sogar trotz des Umstandes, daß die unterbeauftragten Banken gegenüber den in der Kette vorgehenden Kreditinstituten kontroll- oder gar befugt sind, die Ansprüche des Überweisungsbegünstigten geltend zu machen.

(865) Vgl. Paandt-Danckelmann, § 278 Anm. 1.

(866) Vgl. Ebner von Eschenbach, S. 114 f., 141.

(867) Vgl. Staudinger-Nipperdey, § 664 Rdn. 25.

(868) Nach den zurzeit geltenden Vertragsbedingungen im deutschen Investmentgeschäft ist die Depotbank aufgrund des Depotbankvertrages an der Verwaltung des betreffenden Investmentfonds beteiligt. Bestand des Depotbankvertrages und damit mittelbare Rechtswirkungen für die Anleger erscheinen dabei von der Dauer der Investmentverträge unabhängig. Würde man die Depotbank als Erfüllungsgehilfen der Kapitalanlagegesellschaft einstufen, so kann man ihre

II. Zur Frage eines Vertrages zugunsten Dritter

Da zwischen den Anlegern und der Depotbank keine vertraglichen Rechtsbeziehungen bestehen, ist für das Rechtsverhältnis der Depotbank zu den Anlegern bedeutsam, ob die Anleger, für deren Rechnung sie aufgrund des Depotbankvertrages tätig wird, ihr gegenüber einen rechtlichen Anspruch auf Erbringung der im Depotbankvertrag vereinbarten Leistungen haben. Es stellt sich also die Frage, ob die Anleger unmittelbar von der Depotbank die Erfüllung ihrer Pflichten aus dem Depotbankvertrag der Depotbank mit der Kapitalanlagegesellschaft aufgrund ihrer Investmentverträge verlangen können. Die Beantwortung hängt von der Qualifizierung des Depotbankvertrages ab, insbesondere davon, wie die Depotbank ihre Leistungen an die Anleger erbringen soll. (869)

Nach der herrschenden Ansicht des investmentrechtlichen Schrifttums soll die Depotbank ihre Vertragsleistungen in der Weise erbringen, (870) daß die Anleger unmittelbar das Recht erwerben, diese Leistungen zu fordern. (871) Danach liegt also ein Vertrag zugunsten Dritter i. S. d. § 328 BGB vor. Es kann sich aber auch um einen sogenannten unechten Vertrag zugunsten der Anleger handeln; dann muß Inhalt und Zweck des Depotbankvertrages sein, daß die Depotbank ihre Vertragsleistungen zwar gleichfalls den Anlegern zu erbringen hat, diese aber kein unmittelbares

Ersatzverwaltungstätigkeit nach § 13 KAGG nicht mehr auf eine vertragliche Grundlage stützen, sondern müßte die Depotbank als kraft Gesetzes in die Funktion des Ersatzverwalters eingesetzt bezeichnen.

- (869) Da das KAGG keinen Hinweis auf eine Qualifizierung des Depotbankvertrages im Hinblick auf die Rechtsstellung der Anleger gibt, muß die Lösung durch Auslegung des Depotbankvertrages gefunden werden. Vgl. § 328 II BGB, Spergel-Siebert, Rdn. 2, 18 vor § 328, § 328 Rdnr. 13; BGHZ 33, 249. Grundsätzlich ist vom KAGG auszugehen, auf dem der auszulegende Depotbankvertrag basiert. Ergänzend sind aber auch die Vertragsbedingungen heranzuziehen, da sie gleichfalls auf dem KAGG fußen und somit indirekt den Willen des Gesetzes ausdrücken, wie die Rechtsstellung der Depotbank zu den Anlegern zu werten ist. So heißt es etwa in den Vertragsbedingungen der Deutschen Gesellschaft für Wertpapiersparen mbH: "Hierdurch verpflichten wir uns, die uns durch Gesetz und Vertragsbestimmungen auferlegten Pflichten zu erfüllen. Deutsche Bank AG als Depotbank." Hierin könnte eine Verpflichtung der Depotbank zur Leistungserbringung an die Anleger i. S. d. § 328 I BGB gesehen werden denkbar wäre indessen auch, nur eine Bestätigung des Abschlusses des Depotbankvertrages anzuerkennen.

- (870) Vertragsleistungen sind nicht nur Zuwendungen, sondern alle Leistungen i. S. d. § 241 S. 2 BGB. Vgl. dazu Palandt-Danckelmann, Anm. zu § 241 BGB.
- (871) So schon Goldschmidt, S. 50; Knoblich, S. 90. Für das KAGG nehmen einen echten Vertrag zugunsten Dritter an: Gessler, S. 22; Dürre-Full, Erl. 2 zu §

Forderungsrecht gegen die Depotbank erhalten sollen. (872) Schließlich ist denkbar, den Depotbankvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter anzusprechen, der den Anspruch auf Leistungserbringung bei der Kapitalanlagegesellschaft beläßt, den Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung der im Vertrag enthaltenen Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber den Anlegern aber auch diesen selbst gewährt. (873)

Das Investmentgeschäft basiert auf der arbeitsteiligen Durchführung der Fondsverwaltung, um dem Anleger einen zusätzlichen Schutz gegenüber einer eingliedrig durchgeführten Fondsverwaltung zu gewährleisten. (874) Bei einer eingliedrig - ohne Beteiligung einer Depotbank - organisierten Verwaltung von Investmentfonds hätte der Anleger sämtliche das Investmentgeschäft hinsichtlich "seines" Fonds betreffenden Leistungsansprüche auf Grund seines Investmentvertrages. Die zwecks Sicherung des Fondsbestandes eingeführte arbeitsteilige Fondsverwaltung darf nun aber nicht dazu führen, daß das Bündel unmittelbarer Ansprüche auf Leistungserbringung auf jene Ansprüche reduziert wird, die derjenige Fondsverwalter erbringt, der allein mit den Anlegern in Vertragsbeziehungen steht. Aus diesem Grunde muß derjenigen Alternative der Vorrang eingeräumt werden, die den begünstigten Anlegern die meisten Rechte gewährt: danach kann der Depotbankvertrag nur als ein echter Vertrag zugunsten der Anleger i. S. d. § 328 I BGB interpretiert werden; denn nur dann gereicht die arbeitsteilige Fondsverwaltung dem Anleger nicht nur nicht zum wirtschaftlichen Nachteil, sondern auch nicht zu einer Beeinträchtigung in seiner Rechtsstellung gegenüber den Fondsverwaltern. (875)

Dieses Ergebnis für die Rechtsstellung des Anlegers im Investmentdreieck ist auch allein den tatsächlichen Gegebenheiten angemessen. Es erlaubt erst, den bildhaften Ausdruck "Investmentdreieck" zu verwenden. Denn wenn der Anleger gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft in einem Vertragsverhältnis steht, diese dann ihrerseits dem Anleger durch den Depotbankvertrag obligatorische Ansprüche gegen die Depotbank vermittelt, ist das Dreieck erst geschlossen: der Anleger hat sowohl gegen den einen wie gegen den anderen Fondsverwalter Forderungsrechte auf die arbeitsteilige Durchführung der Fondsverwaltung, wobei die im deutschen Recht bestehende Konstruktion, daß die Rechte gegen die Depotbank abgespaltene Rechte aus dem Vertrag der Kapitalanlagegesellschaft mit der Depotbank sind, rechtstatsächlich nicht ins Gewicht fallen. (876)

11, S. 20; Baum, S. 143; Huber, S. 147 f; vom Berge und Herrendorff, S. 113 f. A. A. bzw. einschränkend Schäcker, S. 69 f.; Ebner von Eschenbach, S. 132 und 141.

(872) Zur Abgrenzung von echtem und unechtem Vertrag zugunsten Dritter vgl. Palandt-Danckelmann, Einf. vor § 328, Anm. 1.

(873) Vgl. dazu BGH in LM § 328 BGB Nr. 18; Larenz I, § 16 III.

(874) S. dazu für das angloamerikanische Recht o. S. 5 u. 9, für das schweizerische Recht o. S. 45 f.

(875) S. o. Fußn. 871.

(876) Vgl. dazu den Kollektivanlagevertrag in der schweizerischen Dreieckskonstruktion, u. S. 193 f.

§ 3 DER INHALT DES RECHTSVERHÄLTNISSSES

Die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses der Depotbank zu den Anlegern als das eines vertragsähnlichen Verhältnisses, in dem den Anlegern aus dem Depotbankvertrag abgespaltene Rechte gegen die Depotbank i. S. d. § 328 BGB zustehen, erlaubt nunmehr eine Bestimmung des Inhaltes dieses Rechtsverhältnisses.

Die Depotbank ist dem Anleger, der durch den Abschluß des Investmentvertrages mit der Kapitalanlagegesellschaft seine Rechtsstellung ihr gegenüber erwirbt, (877 zur Erfüllung all der Ansprüche verpflichtet, die nach dem Depotbankvertrag dem Anleger unmittelbar zustehen sollen: (878)

- Verwaltung des Investmentfonds im Rahmen ihrer arbeitsteiligen
Zuständigkeit
- Ersatzverwaltung des Investmentfonds im Falle des Ausscheidens der Kapitalanlagegesellschaft
- Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft
- Geltendmachung der kollektiven Anlegeransprüche gegen die Kapitalanlagegesellschaft, eine frühere Depotbank und in den Fonds vollstreckende Gläubiger

Dabei wäre der Inhalt der Pflichten der Depotbank gegenüber den Anlegern identisch mit dem Inhalt der Vertragspflichten der Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft aus dem Depotbankvertrag, sofern man den gesamten Depotbankvertrag § 328 I BGB unterstellen will. Dagegen spricht aber, daß der Depotbankvertrag, unter Beachtung der zwingenden Vorschriften des KAGG und der in den Vertragsbedingungen fixierten Regelungen, das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Fondsverwaltern weitergehend präzisieren kann. Hiervon erhalten die Anleger aber keine Kenntnis, folglich können sie auch daraus resultierende Ansprüche gegen die Depotbank nicht geltend machen. Man kann daher das Rechtsverhältnis Depotbank - Anleger im Sinne einschränkend interpretieren, daß die Anleger aus dem Depotbankvertrag abgespaltene eigene Forderungsrechte nur in dem Maße geltend machen können, wie die Leistungspflichten der Depotbank an die Anleger aus dem Depotbankvertrag und den Vertragsbedingungen, d. h. aus Deckungs- und Valutaverhältnis, offenkundig sind. (879)

(877) Die Bestimmbarkeit des Dritten reicht für § 328 BGB aus; vgl. dazu o. S. 178 f.

(878) Vgl. dazu o. S. 64 ff.

(879) Damit gehen aber nicht etwa die nicht bekannten Rechte unter. Diese Rechtsfolge setzte entsprechend § 333 BGB ein positives Kennen von der Existenz der betreffenden Ansprüche voraus. Es müßte jedoch auch noch eine entsprechende Verzichtserklärung erfolgen.

In dieser eventuellen faktischen Verkürzung der Rechte des Anlegers gegen die Depotbank ist von einer wirtschaftlichen Benachteiligung der Anleger nicht zu sprechen, da der Depotbankvertrag in seinem Inhalt dem KAGG und den Vertragsbedingungen nicht widersprechen darf, welche dem Anleger einen ausreichenden Schutz gewähren. Für den Inhalt der Ansprüche der Anleger gegenüber der Depotbank kann daher auf die Darstellung der Pflichten der Depotbank aus ihrem Depotbankvertrag mit der Kapitalanlagegesellschaft verwiesen werden. (880)

Die Anleger haben der Depotbank gegenüber keine Vertragspflichten. Da sie aber Begünstigte aus dem Depotbankvertrag i. S. d. § 328 BGB sind, sind sie in gewissem Umfang zum gleichen Verhalten verpflichtet, wie es einem Gläubiger zukommt. (881)

§ 4 LEISTUNGSSTÖRUNGEN

Da der Anleger kraft des ihn i. S. d. § 328 BGB berechtigenden Depotbankvertrages (Deckungsverhältnis) Träger materieller Leistungsansprüche gegen die Depotbank ist, können sowohl beim Schuldner, der Depotbank, wie beim Gläubiger, dem Anleger, Leistungsstörungen auftreten.

i. Leistungsstörungen seitens der Depotbank

Leistungsstörungen der Depotbank liegen vor, wenn sie die Ansprüche, die dem Anleger als aus dem Depotbankvertrag abgespaltene Forderungsrechte ihr gegenüber zustehen, nicht oder nicht gehörig erfüllt. Für die Geltendmachung der Rechtsfolgen ist einmal zu unterscheiden zwischen den Anspruchsberechtigten, zum anderen sind die Individual- und die Kollektivansprüche der Anleger zu trennen.

Grundsätzlich hat der Anleger die Ansprüche aus §§ 280, 286 ff. BGB; die Rechte aus §§ 325 f., 611, 675, 620 ff. BGB stehen ihm jedoch nicht zu, da er in das Vertragsverhältnis Depotbank - Kapitalanlagegesellschaft trotz seiner materiellen Anspruchsberechtigung nicht eintritt. (882)

(880) Im Rahmen dieser Arbeit verbietet sich eine tatbestandliche Wiederholung der Pflichten der Depotbank. Bei ordnungsmäßigem Verlauf ist für die Depotbank praktisch auch irrelevant, wem sie rechtlich gesehen ihre Pflichten aus dem Depotbankvertrag zu erfüllen hat. Diese Frage wird erst im Fall von Leistungsstörungen erheblich.

Zum Inhalt der Leistungspflichten der Depotbank s. o. S.

(881) Vgl. RG in JW 1913, 426; Palandt-Danckelmann, Einf. vor § 328 Anm. 2 c; Esser, § 53 II, S. 394; Lange in NJW 1966, S. 657 f.

(882) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 335 Anm. 2; Soergel-Schmidt, § 328 Anm. 4.

A. Geltendmachung durch die Kapitalanlagegesellschaft

Auf Grund des Investmentvertrages ist die Kapitalanlagegesellschaft dem Anleger gegenüber verpflichtet, die ihr aus dem Depotbankvertrag infolge von Leistungsstörungen der Depotbank zustehenden Rechte gegen diese geltend zu machen, §§ 9 I 1, 8 I 1, 6 II KAGG. In der Regel tritt ein Vermögensschaden auf Grund einer Leistungsstörung der Depotbank nur bei den Anlegern, nicht aber bei der Kapitalanlagegesellschaft selbst auf. Es handelt sich daher um eine Drittschadensliquidation. (883) Erleidet der Anleger aber einen individuellen Schaden in Zusammenhang mit einer Leistungsstörung der Depotbank, ist die Kapitalanlagegesellschaft nicht anspruchsberechtigt. Insoweit der einzelne Anleger und die Kapitalanlagegesellschaft auf Grund derselben Leistungsstörung einen Leistungsanspruch - Erfüllungsanspruch oder Schadensersatzanspruch - gegenüber der Depotbank haben, (884) sind sie weder Gesamtgläubiger ((885)* noch notwendige Streitgenossen i. S. d. § 62 ZPO. (886)

B. Geltendmachung durch den Anleger

Der Umstand, daß sich der Anleger hinsichtlich der Kollektivanlagerechte in einer Gläubigergemeinschaft i. S. d. § 432 BGB mit den übrigen Anlegern des gleichen Investmentfonds befindet, (887) macht eine Unterscheidung seiner Ansprüche gegen die Depotbank aus der Verletzung seiner Individual- und aus der Störung der Kollektivansprüche erforderlich. Individualansprüche des Anlegers sind sein Recht auf Aushändigung eines Anteilscheines entsprechend seiner Einzahlung, sein Recht auf Rücknahme des Anteilscheines, sein Recht auf Auszahlung der zur Ausschüttung bestimmten Erträge und sein Recht auf Rückzahlung seiner Beteiligung. Zwar ist die Kapitalanlagegesellschaft aus dem Investmentvertrag mit dem Anleger (Valutaverhältnis) Schuldner. Soweit die Depotbank aber z. B. mit der Ausführung der Zahlungen betraut ist, (888) ist ein Individualanspruch des Anlegers i. S. d. § 328 I BGB gegeben. (889) Der Anleger kann also

(883) Vgl. dazu Lange in NJW 1965, S. 663 Fußn. 68, sowie o. Fußn. 810. Zur Drittschadensliquidation s. a. Staudinger-Riedel, § 664 Anm. 19 f.

(884) Rechtlich gesehen sind die Ansprüche von Kapitalanlagegesellschaft und Anleger verschieden, vgl. RGRK - Wilde, § 328 Anm. 13.

(885) H. M. Vgl. Staudinger-Werner, § 335 II 2 mit Nachweisen; BGHZ 3, 385 (389).

(886) Es liegt einfache Streitgenossenschaft (§ 59 ZPO) vor. Vgl. a. Lange, a. a. O., S. 662 f; S. a. o. S. 174.

(887) S. o. S. 179.

(888) S. o. S. 95 f., 98, 111, 177.

(889) Wendt, S. 114, lehnt für diesen Fall allerdings die Qualifizierung als Individualanspruch ab.

neben dem Erfüllungsanspruch bei einer Leistungsstörung seitens der Depotbank den Verzugschaden nach § 286 I BGB, den positiven Schaden gemäß den hierfür analog anwendbaren §§ 280, 286 I BGB und bei zu vertretender Unmöglichkeit nach § 280 BGB seinen Schaden geltend machen.

Hinsichtlich der Kollektivansprüche, die dem einzelnen Anleger unteilbar zusammen mit den übrigen Anlegern gegen die Depotbank zustehen, fragt sich, wem gegenüber die Depotbank bei einer zum Schadensersatz verpflichtenden Leistungsstörung ersatzverpflichtet ist. (890) Während der einzelne Anleger im Falle eines Vermögensschadens, der ihm infolge einer Störung eines Individualanspruches entstanden ist, Geldleistung an sich verlangen kann, könnte man hier schwanken zwischen dem Recht des Anlegers zur Geltendmachung seines anteiligen Teilschadens, dem Recht, Auszahlung der Geldleistung an alle Anleger zu verlangen, und dem Recht der Ersatzleistung in den Investmentfonds für Rechnung aller Anleger. (891)

Eine die Gesamtheit der Anleger betreffende Leistungsstörung der Depotbank ruft aber auch die Kapitalanlagegesellschaft auf den Plan, die, wie bereits dargelegt, (892) gemäß §§ 9 I 1, 6 II KAGG, 335 BGB auf Grund des Depotbankvertrages im eigenen Namen gegen die Depotbank vorgehen kann. Dabei fallen die Schadensersatzforderungen kraft der gesetzlichen Surrogation des § 6 II KAGG in den Investmentfonds, so daß sie dem Verwahrungsgebot des § 11 I 1 KAGG unterstehen. (893) Damit ist eine Auszahlung eventueller Ersatzansprüche an die Anleger nicht möglich. Würde man nämlich eine Auszahlung der auf den einzelnen Anleger fallenden Schadensquote zulassen, (894) so käme dies infolge der Zugehörigkeit des Ersatzanspruches zum Investmentfonds (§ 6 II KAGG) einer teilweisen Auszahlung des Anlegers hinsichtlich seiner Beteiligung am Investmentfonds gleich. Das ist aber - abgesehen vom Fall der Ertragnisausschüttung des § 14 III lit. i KAGG - durch § 10 I KAGG ausgeschlossen. Will der Anleger seine Anlage und die damit zusammenhängenden Ansprüche, worunter auch Schadensersatzansprüche fallen, liquidieren, so ist er durch § 10 II KAGG auf die Kündigung und Rückgabe seines Anteilscheines verwiesen.

Im Ergebnis steht also fest, daß der Anleger bei Leistungsstörungen seitens der Depotbank hinsichtlich der ihm materiell i. S. d. § 328 BGB zustehenden Ansprüche nur im Falle eines verletzten Individualanspruches Schadensersatz an sich verlangen kann;

(890) Auch wenn es sich etwa um den Anspruch auf den Verkaufserlös aus einem Anlagegeschäft handelt, liegt eine unteilbare Leistung vor. Vgl. BGH in NJW 1958, 1723 hinsichtlich einer Mietpreisforderung. Vgl. a. Wendt, S. 113; Ebner von Eschenbach, S. 156.

(891) Das KAGG enthält hierzu keine Vorschrift. § 420 BGB ist nicht anwendbar, s. o. S. 212. S. a. u. S. 179. Fussn. 895.

(892) S. o. S. 190.

(893) S. dazu o. S. 87 f.

(894) Ebner von Eschenbach, S. 155, vertritt die Geltendmachung des anteilmäßigen Teilschadens, und zwar unter Heranziehung von § 420 BGB. S. dazu aber o. S. 112.

hinsichtlich der Kollektivansprüche kann er lediglich Ersatz in den Investmentfonds verlangen. (895) .

C. Geltendmachung gegen eine frühere Depotbank

§ 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG bestimmt, daß im Falle eines vollzogenen Depotbankwechsels die neue Depotbank "Ansprüche der Anteilhaber gegen ... eine frühere Depotbank geltend zu machen (hat)." Aus dem Sinnzusammenhang kann es sich hier lediglich um die sogenannten Kollektivansprüche der Anleger handeln. Aus § 11 VIII 1 Ziff. 2 2. H.S. ergibt sich, daß die Anleger ihrerseits für diesen Fall nicht die Befugnis verlieren, sie können Leistung des beanspruchten Gegenstandes bzw. des Ersatzes oder Schadensersatzes in den Investmentfonds verlangen. Es liegt damit eine doppelte Rechtszuständigkeit hinsichtlich dieser Ansprüche gegen die frühere Depotbank vor, und zwar ist die Depotbank wegen der gesetzlichen Ermächtigung zur Verfügung über die Anlegeransprüche gesetzlicher Prozeßstandschafter. (896)

II. Leistungsstörungen seitens des Anlegers

Dadurch, daß der Anleger als Begünstigter und Berechtigter i. S. d. § 328 BGB aus dem Depotbankvertrag eigene Rechte gegenüber der Depotbank hat, kann auch er seinerseits in Ausübung oder durch Nichtausübung seiner Gläubigerrechte Leistungsstörungen hervorrufen.

Kommt der Anleger in Annahmeverzug, indem er die ihm von der Depotbank zur Erfüllung seines Individualanspruches angebotenen Leistungen nicht annimmt, indem er also z. B. den ihm zustehenden Anteilschein nicht abholt bzw. in Empfang nimmt, den auf ihn entfallenden Ausschüttungsbetrag oder Liquidationserlös nicht annimmt oder bereits die dazu erforderlichen Coupons nicht einreicht, (897) so stehen der Depotbank die Rechte aus §§ 286 ff. i. V. m. 293 ff. BGB zu.

Begeht der Anleger Verletzungshandlungen gegenüber der Depotbank, die weder Verletzung der Abnahmepflicht noch der Mitwirkungspflicht sind, schädigt er sie vor allem bei der Erfüllung ihrer Leistungspflichten ihm gegenüber, so stehen ihr neben den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und den Rechtsfolgen aus §§ 280, 286 BGB

(895) Das schweizerische Investmentgesetz kommt zum gleichen Ergebnis, indem es in Art. 23 II i. V. m. 18 IV AFG vorschreibt, daß für den Fall, daß die Depotbank "dem Anlagefonds widerrechtlich Vermögenswerte entzogen oder Vermögensvorteile vorenthalten (hat), ... die Klage auf deren Einwerfung in den Anlagefonds (geht)." .

(896) S. o. S. 147., 151 ff.

(897) Im letzten Beispiel handelt es sich um eine mitwirkende Gläubigerhandlung im S. d. § 295 S. 2 EGB.

analog gegen den Anleger auch die entsprechenden Ansprüche i. V. m. § 278 BGB zu, falls ein Gehilfe schuldhaft gehandelt hat. (898)

Der dritte Fall von Leistungsstörung, die vom Anleger verschuldete Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch die **Depotbank**, dürfte nicht eintreten, da die Depotbank entweder gemäß §§ 372, 378 BGB mit befreiender Wirkung das geschuldete Geld bzw. den geschuldeten Anteilschein hinterlegen kann oder aber diese Werte im Fonds behält. (899)

2. TEIL DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

Das schweizerische Investmentgeschäft kennt wie das deutsche das sogenannte Dreiecksverhältnis zwischen Anleger, Investmentunternehmen und Depotbank. Dieses Dreiecksverhältnis ist nach dem AFG aber nur erforderlich, wenn die Fondsleitung keine Bank ist; vom rechtlichen Verständnis her ist das schweizerische Investmentgeschäft vielmehr zweiseitig aufgebaut. (900) Da die schweizerische Bankpraxis aber die Institution der Depotbank beibehalten durfte, sich rechtlich auch keine Probleme stellen, wenn die auf zwei Rechtsträger verteilten Aufgaben von der Fondsleitung allein durchgeführt werden, soll hier ausschließlich der Fall des nach Art. 5 I AFG im Dreiecksverhältnis aufgezogenen Investmentgeschäftes behandelt werden. (901)

1. ABSCHNITT: DIE RECHTSNATUR DES DREIECKVERHÄLTNISSES

Maßgebend für die Struktur des Dreiecksverhältnisses ist Art. 8 AFG:

Die Depotbank hat am Investmentvertrag (Kollektivanlagevertrag) zwischen Fondsleitung und Anleger teilzunehmen. Nach dem Wortlaut des Art. 5 I AFG ist die Depotbank zur Durchführung der Fondsverwaltung "beizuziehen". (902) Fondsleitung und Depotbank verbinden sich also mit dem dritten Partner des Investmentgeschäftes, dem Kollektiv der Anleger, durch den Kollektivanlagevertrag, (903) der damit erste Rechtsgrundlage des Dreiecksverhältnisses ist.

(898) Obwohl der Anleger nicht in das Vertragsverhältnis Depotbank - Kapitalanlagegesellschaft (Deckungsverhältnis) eintritt, muß er nach h.M. wegen seiner Gläubigerstellung i. S. d. § 328 BGB "mit vertraglicher Intensität" haften. Vgl. Lange, NJW 1965, 660 2. Sp.; BGHZ 33, 247. S. a. o. Fußn. 881.

(899) S. dazu o. S. 111.

(900) S. o. S. 45 f.

(901) Vgl. a. o. S. 46.

(902) Das Gesetz geht also wie das deutsche KAGG davon aus, daß die Initiative zur Mitwirkung der Depotbank vom Investmentunternehmen ausgeht. Tatsächlich ist es aber auch im schweizerischen Investmentgeschäft überwiegend umgekehrt. Vgl. o. S. 43.

(903) Vgl. Art. 8 I, II i. V. m. 9 I AFG.

Das AFG qualifiziert in Art. 8 III 1. H. S. AFG den Kollektivanlagevertrag: er "untersteht den Vorschriften über den Auftrag" ; (904) da es aber sogleich die Einschränkung "soweit dieses Gesetz nicht etwas anderes bestimmt" folgen läßt, handelt es sich beim Kollektivanlagevertrag um ein gesetzlich geregeltes, qualifiziertes Auftragsverhältnis. Die Vorschriften über den einfachen Auftrag in Art. 394-406 OR kommen damit nur subsidiär zur Anwendung. (905)

Während die Rechtsnatur des Kollektivanlagevertrages ex lege als die eines besonderen Arbeitsvertrages bezeichnet ist, ist er in seiner Ausgestaltung von den Vorschriften des Gesetzes und, soweit das AFG ausdrücklich abweichende Vereinbarungen zuläßt, (Art. 8 IV AFG), von den besonderen Bestimmungen des Fondsreglements abhängig. Die Eigenart des Kollektivanlagevertrages kann daher erst aus seinem Inhalt erhellen.

Die Depotbank steht im Dreiecksverhältnis des Investmentgeschäftes der Fondsleitung und der Gesamtheit der Anleger gegenüber. Es ist daher der Inhalt des Dreiecksverhältnisses anhand dieser Rechtsverhältnisse herauszuarbeiten, soweit er für die Rechtsstellung der Depotbank von Bedeutung ist.

Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo schon das KAGG in § 11 I KAGG nahelegt, zunächst das Rechtsverhältnis der Depotbank zum anderen Fondsverwalter zu untersuchen, (906) bedarf die Frage durchaus einer gründlichen Vorüberlegung, welches Rechtsverhältnis der Depotbank innerhalb des Investmentdreiecks als erstes untersucht werden soll, um dem Wesen des schweizerischen Investmentgeschäftes gerecht zu werden. (907)

Das AFG, das von seiner Intention her auf den Schutz der Anleger und auf die Herausarbeitung ihrer Rechtsbeziehungen zu den Fondsverwaltern angelegt ist, (908), enthält hinsichtlich des Kollektivanlagevertrages nur Vorschriften, die das Verhältnis der Anleger zu den beiden Fondsverwaltern bzw. der allein als Vertragspartner dastehenden Fondsleitung klären. (909) So gesehen mußte in dieser

(904) Damit ist der einfache Auftrag nach Art. 394 ff. OR gemeint. Vgl. Schuster, Art. 8 III.

(905) Vgl. Art. 394 II OR im Verhältnis zu Art. 407 I, 412 II, 418 lit. b OR, S. a. Gautschi, Art. 394 N 2.

(906) S. o. S.

(907) Wollte man in einer rechtsvergleichenden Studie die Struktur des zu untersuchenden Gegenstandes in der einen Rechtsordnung unbesehen auf die andere Rechtsordnung übertragen, so trüge dies zwar der Forderung nach Übersicht der zu vergleichenden Materien Rechnung, allein es bestünde die Gefahr, daß strukturelle Schwerpunkte verzerrt werden, so daß letztlich die Materien an Klarheit einbüßen.

(908) Vgl. Botschaft, S. 280 f.

(909) Vgl. Art. 11 I AFG. Diese Gesetzesvorschrift betrifft allerdings im Falle der Depotbank nicht nur ihr Rechtsverhältnis zu den Anlegern, sondern ebenso ihr Rechtsverhältnis zur Fondsleitung. Vgl. dazu u. S. 199 ff.

Arbeit das Rechtsverhältnis der Depotbank zu den Anlegern vorangestellt werden. Es fragt sich aber, ob diese Kongruenz mit der Struktur des AFG auch den rechtstat-sächlichen Gegebenheiten entspricht. (910) Für die Rechtsstellung der Depotbank müssen die ihr eigenen Gesichtspunkte herangezogen werden, keineswegs dürfen sachfremde Strukturen ohne weiteres übernommen werden. Es ist daher zu prüfen, ob die im AFG im Vordergrund stehende Beziehung der Anleger zur Fondsleitung bzw. zur Depotbank auch für die Depotbank selbst vorrangig ist oder ob es sich im Gegenteil empfiehlt, zunächst ihre Rechtsbeziehungen zum anderen Fondsverwalter, der Fondsleitung, zu behandeln.

Ohne schon an dieser Stelle auf die rechtliche Qualifizierung der Beziehungen der Depotbank zu ihren Partnern im Investmentdreieck eingehen zu wollen, muß heraus-gestellt werden, daß das Fondsreglement für sich allein genommen kein Vertrag ist, sondern nur die inhaltliche Festlegung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien des Kollektivanlagevertrages, (911) also desjenigen Rechtsverhältnisses im In-vestmentdreieck, dessen Parteien die Gesamtheit der Anleger einerseits und die bei-den Fondsverwalter andererseits sind. Die erschöpfend verlangte Aufnahme der Rech-te und Pflichten, der Aufgaben der Partner des Investmentgeschäftes, muß damit notwendig auch den Aufgabenbereich enthalten, der für diejenige Dreiecksseite re-levant ist, deren Parteien die Depotbank und die Gesamtheit der Anleger sind, so-wie den Aufgabenbereich, der die Dreiecksseite Depotbank-Fondsleitung betrifft. Um beim Bild des Dreiecks zu bleiben, an dessen hier in Betracht kommender Spitze die Depotbank steht: von der Struktur des Dreiecks her kann weder dem einen noch dem anderen Rechtsverhältnis der Vorrang eingeräumt werden.

Indes hat es mit dem Fondsreglement folgende Bewandnis: es ist Grundlage des For-mularvertrags " Kollektivanlagevertrag ". Dieser ist daher - im Fall, daß die gesamte Fondsverwaltung allein von der Fondsleitung durchgeführt wird, wird dieser Charak-ter besonders deutlich - ein Vertrag, dessen Inhalt von Seiten des die Fondsverwaltung repräsentierenden Vertragspartners bereits festgelegt ist, bevor der jeweilige Anleger überhaupt in die Phase tritt, die man als Vertragsvorbereitung mit vertragsähnlichen Beziehungen bezeichnet; und zwar wird dieser Vertragsinhalt eben gerade von beiden Fondsverwaltern gemeinsam aufgestellt, wie dies Art. 9 f AFG ausdrücklich hervor-hebt. (912) Da dieses Fondsreglement aber, wie bereits herausgestellt wurde, sämt-liche Aufgaben der Partner des Dreieckverhältnisses zu umschreiben hat, könnte es sich schon aus diesem Grunde rechtfertigen, zunächst die Rechtsbeziehungen derje-nigen zu untersuchen, die im Rahmen der ihnen belassenen Vertragsfreiheit die Rech-te und Pflichten der Parteien des Investmentgeschäftes festsetzen.

Aus dem Wesen des Investmentgeschäftes folgt, daß dem Anleger, der über den Fonds keinerlei Verfügungsbefugnisse hat, (913) eine passiv Rolle zugeordnet ist, während

(910) Vgl. dazu o. S. 53.

(911) Vgl. Art. 11 I u. V. m. Art. 8 I, II

(912) Zur rechtlich anderen Lage in Deutschland vgl. o. S. 164.

(913) S. dazu u. S. 267 ff.

Das Schicksal des von den Einzahlungen der Anleger gebildeten Investmentfonds ausschließlich zwischen der Fondsleitung und der Depotbank entschieden wird. Das wirtschaftliche Schwergewicht, das auf dem Verhältnis Depotbank-Fondsleitung liegt, verlangt daher, daß es als erstes unter den beiden Rechtsverhältnissen untersucht wird. (914)

2. ABSCHNITT: DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - FONDSLEITUNG

Das Rechtsverhältnis Depotbank-Fondsleitung ist die Grundlage der arbeitsteiligen Verwaltung des Investmentfonds für Rechnung der Anleger. (915) Dennoch hat das AFG dieses Rechtsverhältnis nur spärlich bedacht; (916) aber wohl auch zu Recht, da es weitgehend aus der klaren Abgrenzung des Investmentgeschäftes aus der Sicht der Anleger zu verstehen ist und somit einer besonderen gesetzlichen Darstellung nicht bedurfte.

§ 1 DIE VERTRAGSPARTEIEN

Art. 3 II-IV, 5 AFG schreiben vor, wer das schweizerische Investmentgeschäft betreiben kann. Im Gegensatz zum deutschen KAGG brauchen nicht beide Fondsverwalter Banken zu sein; es genügt, daß einer von ihnen Bank i. S. d. Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. 11. 1934 (BS 10, 337) ist. (917)

I. Die Fondsleitung

Jedes Investmentunternehmen, das seinen Sitz in der Schweiz hat und das Investmentgeschäft gemäß der Legaldefinition des Art. 2 I AFG betreibt, ist "Fondsleitung" i. S. d. AFG. Unternehmen, die das Investmentgeschäft in anderer als der vom AFG erfaßten Form betreiben, (918) können gleichwohl die Sachbezeichnung Fondsleitung führen; (919) indes untersagt Art. 2 II AFG solchen Unternehmen, ihre Invest-

(914) Dieses aus dem Wesen des schweizerischen Investmentgeschäftes abgeleitete Rangverhältnis entspricht damit der im deutschen Recht bestehenden Rangfolge.
S. dazu o.S., 54 mit Fussn. 273.

(915) Vgl. S. 207 f.

(916) Vgl. a. Botschaft, S. 299 f.

(917) Vgl. o.S. 44 ff.

(918) S. dazu o.S. 25.

(919) Anderes gilt für die deutsche Kapitalanlagegesellschaft nach § 23 KAGG.

me. "fonds mit dieser Bezeichnung selbst, dem Namen "Anlagefonds" oder einer anderen, zu Verwechslungen Anlaß gebenden Benennung auszustatten. (920)

Fondsleitung i. S. d. AFG (921) - sie bedürfen nach Art. 3 I AFG zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der Bankaufsichtsbehörde können gemäss Art. 3 II AFG entweder Banken oder Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Genossenschaft sein, deren Gegenstand und Zweck (922) ausschließlich die Leitung von Anlagefonds ist. Wirkt eine juristische Person als Fondsleitung, so gelten hinsichtlich des Eigenkapitals verschärfte Vorschriften, die für die Bewilligung der Aufsichtsbehörde Voraussetzung sind. (923) Handelt es sich um eine Genossenschaft, so trifft Art. 3 IV AFG als lex specialis zu Art. 864 OR eine Sonderregelung für die Rückzahlung der Genossenschaftsanteile. Art. 4 AFG bringt noch weitere Vorschriften bezüglich der Organisation der Fondsleitung; sie betreffen vorwiegend die Haftungsfunktion der eigenen Mittel.

II. Die Depotbank

Die von der Fondsleitung zur Durchführung der Fondsverwaltung beizuziehende Depotbank (924) muß grundsätzlich eine Bank i. S. d. BankenG mit Sitz oder Zweigniederlassung in der Schweiz sein (Art. 5 III AFG); ausnahmsweise kann sich eine ausländische Bank nach Art. 5 IV AFG zusammen mit einer schweizerischen Bank als Depotbank betätigen. Ist die schweizerische Bank eine juristische Person, hat sie nach Art. 5 III 2, H. S. AFG ein einbezahltes Grund- oder Stammkapital von mindestens 2 Millionen Fr. nachzuweisen. (925) (926)

(920) Da der Investmentfonds für die Werbung auf dem Kapitalmarkt und für die Würdigung der Leistung einer Fondsleitung von besonderer Bedeutung ist, hat der Gesetzgeber mit diesem Namensschutz den Investmentunternehmen, die dem AFG unterworfen sind, gewissermaßen zum Ausgleich einen Wettbewerbsvorteil gegeben.

(921) Nachfolgend wird der Begriff "Fondsleitung" in dieser einschränkenden Bedeutung verwendet.

(922) Vgl. dazu o. S. 54 f.

(923) Art. 3 III AFG. Zur abweichenden Regelung im deutschen Investmentgeschäft vgl. o. S. 54 f.

(924) Das AFG geht wie das KAGG davon aus, daß der Anstoß zur Aufnahme des Investmentgeschäftes bei der Fondsleitung zu suchen ist. Vgl. dazu o. S. 43. Einzelfälle, wo dies der Fall war, bei Lusser, S. 17.

(925) Das "mindestens" bedeutet nicht, daß die Aufsichtsbehörde auch einen höheren Betrag verlangen kann. Der Betrag von 2 Millionen Fr. beinhaltet vielmehr die unwiderlegbare Vermutung, daß hinsichtlich der Haftungsfunktion die gewerbpolyzeilichen Anforderungen an die antragstellende Bank erfüllt sind. Vgl. a. o. S. 55.

(926) Das KAGG stellt an die eigenen Mittel keine über das KWG hinausgehenden Anforderungen.

Die Depotbank bedarf - wie die Fondsleitung - zur Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit als "Depotbank" einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde. (927)

Die Aufgaben der Depotbank können nach Art. 5 IV AFG i. V. m. Art. 18 IV AFG von mehreren Banken gemeinsam wahrgenommen werden; zumindest eine unter ihnen muß schweizerische Bank i. S. d. Art. 1 BankenG sein.

Die Aufgaben der Depotbank sind im Gesetz teils ausdrücklich genannt, (928) teils aber nur in der Generalklausel des Art. 18 IV 1. H. S. AFG angedeutet. Zudem gestattet Art. 18 III AFG, der Depotbank im Fondsreglement weitere "Überwachungspflichten" aufzugeben. (929) Im Rahmen dieser Arbeit sollen aber nur die gesetzlichen Minimalforderungen an die Gestaltung des Dreiecksverhältnisses und damit an die Aufgabenzuteilung an die Depotbank untersucht werden.

Fehlt es im Einzelfall an einer konkreten Gesetzesvorschrift oder Reglementsbestimmung, so trifft Art. 12 I AFG für das Außenverhältnis der Depotbank zum Anleger, den Kollektivanlagevertrag, die Regelung, daß im Zweifel nicht sie, sondern die Fondsleitung zuständig ist. (930) Diese Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Fondsleitung ist im Interesse der Anleger aufgestellt, denen nicht zugemutet werden soll, im Einzelfall festzustellen und gegebenenfalls das Prozeßrisiko eingehen zu müssen, wer von den beiden Fondsverwaltern zur Erfüllung der konkreten Vertragspflicht aus dem Kollektivanlagevertrag verpflichtet war. (931) Diese Zuständigkeitsvermutung bedeutet aber nicht, daß die Fondsleitung im Zweifelsfall alle nicht der Depotbank vorbehaltenen Aufgaben in eigener Person ausführen muß. (932) Für das Innenverhältnis ist denkbar, daß die beiden Fondsverwalter - unter Beachtung der in Art. 12 I, 18 I, II AFG ausgedrückten Arbeitsteilung und im Rahmen ihrer auftragsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflicht - die einzelnen Aufgaben der Fondsverwaltung leicht abweichend vereinbaren. Im Außenverhältnis, gegenüber den Anlegern, regiert jedoch die strikte Auslegungsregel des Art. 12 I AFG. (933)

(927) Art. 5 II, 41 AFG. Vgl. u. S. 319 f.

(928) Z. B. in Art. 18; 9 I, III, 11 II lit. a, e; 20 IV; 28 I; 29 AFG.

(929) Sie muß gemäß Art. 11 I, II lit. a AFG einlässlich und klar im Fondsreglement fest zu umschreiben.

(930) Vgl. Botschaft, S. 300.

(931) Vgl. Art. 23 I i. V. m. Art. 18 IV AFG.

(932) Vgl. Art. 398 II, III OR.

(933) Ist im konkreten Einzelfall die Depotbank aufgrund des Depotbankvertrages für die Durchführung zuständig, so ist sie aufgrund Art. 12 I AFG den Anlegern gegenüber Erfüllungsgelhilfe der Fondsleitung.

§ 2 DIE NATUR DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Das AFG schweigt darüber, welcher Natur das Rechtsverhältnis zwischen Depotbank und Fondsleitung ist. (934) Auch in der Botschaft (935) ist hierzu nichts zu entnehmen; sie beschränkt sich lediglich auf die Feststellung: "Die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Fondsleitung und Verwahrungsstelle sind somit Ausfluß, Reflexwirkung der gegenüber dem Anleger bestehenden und im Fondsreglement von ihnen übernommenen Pflichten".

Die Tatsache, daß sich die Depotbank zusammen mit der Fondsleitung nach gemeinsamer Aufstellung des Fondsreglements gegenüber den Anlegern in den Kollektivanlageverträgen zur Verwaltung des Investmentfonds verpflichtet, weist auf das Vorliegen einer Beauftragtengemeinschaft i. S. d. Art. 403 II OR hin, (936) und zwar in Gestalt einer einfachen Gesellschaft i. S. d. Art. 530 OR. (937)

Erste Voraussetzung für die Qualifizierung als Beauftragtengemeinschaft ist die gemeinschaftliche Beauftragung. Da sich Fondsleitung und Depotbank im Kollektivanlagevertrag zur Durchführung des Investmentgeschäftes für Rechnung des Kollektivs der Anleger verpflichten, werden sie mit Willen der Auftraggeber gemeinschaftlich tätig.

Zweite Voraussetzung des Art. 403 II OR ist die Identität des Auftragsgegenstandes. Sie besteht in der Durchführung des Investmentgeschäftes, wozu sich Fondsleitung

(934) Daß die Depotbank nach Art. 8 II AFG auf Seiten der Fondsleitung am Vertrag teilnimmt, indiziert ihre Rechtsstellung nur von der Dreieckspitze der Anleger her, sagt aber nichts über die Rechtsnatur der Dreiecks-"Seite" zu Fondsleitung aus.

(935) Die Botschaft behandelt auf S. 299 f. "Die Stellung der Depotbank im Vertrag" und bemüht sich um den Nachweis eines ausreichenden Anlegerschutzes im Gesetzentwurf. Unter diesem Winkel konnte daher die Bestimmung der Rechtsnatur vernachlässigt werden.

(936) Unklar Botschaft, S. 299 a. E.

(937) Schon Boveri, S. 17 f., lehnte ab, daß das Verhältnis zwischen Fondsleitung und Depotbank ein Geschäftsbesorgungsauftrag zugunsten Dritter, nämlich der Anleger, sei. Sie qualifizierte den seinerzeitigen Zustand als Hinterlegungsvertrag mit auftragsrechtlichen Nebenpflichten. Vgl. Boveri, S. 12.

Frautschi, S. 33 f., qualifizierte das Rechtsverhältnis als Auftragsverhältnis, wobei jedoch die Weisungsgebundenheit der Depotbank ihre Schranke in der Kontrollfunktion fände.

Spoerri, S. 24 ff., und Servien, S. 87, 89 ff., nahmen neben einem offenen Bankdepotvertrag ein im übrigen selbständiges Auftragsverhältnis an.

Als einfache Gesellschaft i. S. d. Art. 530 OR hat schon Sutz, S. 64 ff., das Rechtsverhältnis gekennzeichnet. Ihm folgten Gautschi, Art. 394 N 19 a; 403 N 11 c, 13 b, 4 a, sowie Lüscher, S. 33 ff., die auch darauf hinweisen, daß diese Gesellschaft im Verhältnis zu den Anlegern eine Beauftragtengemeinschaft i. S. d. Art. 403 II OR ist.

und Depotbank in den Kollektivanlageverträgen gemeinsam verpflichtet. Dem steht die arbeitsteilige Ausführung nicht entgegen. Denn sie ist vielmehr Ausdruck dafür, daß Fondsleitung und Depotbank die gemeinschaftliche Aufgabe planmäßig unter Aufteilung des Arbeitskomplexes übernommen und ein gemeinschaftliches Interesse am Erfolg der Verwaltung des Investmentfonds haben. (938)

Dieses Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Auftragsgegenstandes ist zugleich Verkörperung der Voraussetzungen für die einfache Gesellschaft, die als Vereinigung mehrerer Personen zur planmäßigen Erreichung eines gemeinsamen Zieles mit gemeinschaftlichen Mitteln definiert wird. (939)

Daß der Beitrag der Gesellschafter bzw. die Geschäftsführung bei der Verwaltung, des Investmentfonds arbeitsteilig konzipiert ist oder daß keine Teilung des Gewinnes vorgesehen ist, sondern daß Fondsleitung und Depotbank nach der im Fondsreglement festgelegten Berechnungsweise am Gewinn des Investmentgeschäftes teilnehmen, steht den Art. 531 II, 533 I und 535 I OR und damit der Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als einfache Gesellschaft nicht entgegen, da diese gesetzlichen Bestimmungen dispositiver Natur sind; (940) insbesondere kann die solidarische Haftung der Art. 403 II, 544 III OR vertraglich abgeändert werden, so daß jeder nur im Rahmen seiner arbeitsteiligen Zuständigkeit für sein eigenes Verschulden haften und eine solidarische Haftung nur für Schäden infolge tatsächlich und rechtlich gemeinsamen Handelns regieren soll, (941) wie dies bei der Verwaltung von Investmentfonds der Fall ist.

Zweifel an einer Qualifikation als einfache Gesellschaft könnten indes in der Frage der Entziehbarkeit der Geschäftsführungsbefugnis auftauchen. Nach der zwingenden Vorschrift des Art. 539 II OR kann einem Geschäftsführer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes seitens des oder eines anderen Gesellschafters die im Gesellschaftsvertrage eingeräumte Befugnis entzogen werden. Für die Fondsverwaltung würde

(938) Zur Abgrenzung dieses Merkmals der Identität des Auftragsgegenstandes vgl. Gautschi, Art. 403 N 5 a, 11 a.

(939) Vgl. Siegwart, Vorbem. zu Art. 530-551 N 1. Hierauf stützten sich seinerzeit auch Spoerri, S. 28-31 (29 f.), und Servien, S. 94 f. Sie kamen jedoch zur Ablehnung der einfachen Gesellschaft. Lusser, S. 34 f., hat aber schon damals deren Gegenargumente überzeugend widerlegt. Vgl. zur Abgrenzung der einfachen Gesellschaft auch Guhl, S. 452.

(940) Das Minimum, das für eine einfache Gesellschaft verlangt wird, damit die Vertragsbeziehungen nicht als die eines synallagmatischen Vertrages zu qualifizieren sind, ist, daß jeder Beteiligte den gemeinsamen Zweck in irgendeiner Weise begünstigt, ein eigenes Interesse an der Zweckverfolgung hegt, die Zweckverfolgung in ihrem Ablauf beeinflussen und die Mitwirkung der anderen Gesellschafter kontrollieren kann. Vgl. Siegwart, a. a. O. N 2, ausdrücklich übernommen von Lusser, S. 34. Vgl. a. Gautschi, Art. 403 N 13 b.

(941) Vgl. Becker, S. 44 N 8.

dies bedeuten, daß etwa die Fondsleitung der Depotbank die Verwaltungsbefugnisse nach dem Depotbankvertrag entziehen könnte. Dem steht aber Art. 12 AFG entgegen, der in Abs. I die ausschließliche Zuständigkeit der Fondsverwalter abgrenzt, die bis zu einer Änderung des Fondsreglements oder bis zur Auflösung des Investmentfonds gemäß Art. 28 ff. AFG unbeschränkbar und unentziehbar ist. Diese Regelung des Investmentgesetzes gilt zwar zunächst für das Außenverhältnis der beiden Fondsverwalter aufgrund der Kollektivverträge; wegen der engen Beziehung zwischen den Kollektivanlageverträgen und dem Depotbankvertrag muß die Geltung des Art. 12 I AFG jedoch für den gesamten Investmentkomplex und damit auch für das Rechtsverhältnis der Fondsleitung mit der Depotbank gelten. Art. 12 I AFG ist damit *lex specialis* zum Gesellschaftsrecht des OR.

Allerdings erwähnt das AFG nicht diesen Umstand des Vorranges von Art. 12 I AFG vor Art. 539 II OR, so daß die Frage nicht von der Hand zu weisen ist, ob das AFG nicht überhaupt die Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechtes ausschließe, indem es mit dem ausgestalteten Kollektivanlagevertrag - Art. 8 bis 36 AFG - abschließend die Rechtsbeziehungen zwischen sämtlichen Beteiligten des **Investmentdreiecks** regeln wollte, also auch die hier zu behandelnden Beziehungen zwischen den beiden seitens der Anleger beauftragten Fondsleitung und Depotbank.

Insgesamt gesehen sind folgende theoretischen Möglichkeiten denkbar:

- Ausschluß jeglicher im positiven Recht qualifizierten besonderen Rechtsbeziehungen zwischen Depotbank und Fondsleitung durch ausschließliche Geltung des AFG
- Nichtausschluß besonderer Rechtsbeziehungen zwischen den Fondsverwaltern durch das AFG, insbesondere des Gesellschaftsrechts
- implizierte Geltung des Gesellschaftsrechts
- Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem AFG

Das Anlagefondsgesetz schließt in Art. 8 III AFG die Geltung des Auftragsrechts - Art. 394 ff. OR - nicht aus. Wenn dieses Spezialgesetz schon für die Beziehungen der Anleger zu den Fondsverwaltern, wobei ihm der Schutz der Anleger besonders angelegen war, ausdrücklich auf das allgemeine Auftragsrecht zurückgreift, so ist nicht ersichtlich, weshalb im Bereich der vom Gesetz nicht *expressis verbis* behandelten Beziehungen zwischen den beiden Beauftragten **der Anleger** ein Zurückgreifen auf bekannte **Rechtsfiguren** ausgeschlossen sein soll. Entsprechendes gilt für die letzte der genannten Alternativen: wenn das AFG selbst im von ihm geregelten Kollektivanlagevertrag nur da das Auftragsrecht derogiert, wo dies gemäß Art. 8 III 2. H. S. AFG im **Anlagefondsgesetz** bestimmt ist, muß dieses Verhältnis erst recht für das Rechtsverhältnis der Fondsverwalter untereinander gelten.

Für eine Entscheidung zwischen den beiden restlichen Alternativen ist, wie bereits zu Anfang dieses Abschnittes erwähnt, aus dem Gesetz selbst nichts zu entnehmen. Aus dem "Beiziehen" des Art. 5 I AFG oder dem "Teilnehmen" der Depotbank in Art. 8 II und Art. 18 I AFG einen Hinweis auf ein gemeinschaftliches Verständnis der Beziehungen zwischen Fondsleitung und Depotbank schließen zu wollen, hieße, den Gesetzestext über Gebühr zu strapazieren. Vielmehr sollte die Frage der Rechts-

beziehungen zwischen den Fondsverwaltern mit der Einfachheit angegangen werden, die die Botschaft (942) nahelegt, indem sie vom Ausfluss der Pflichten aus dem besonderen Auftragsverhältnis gegenüber den Anlegern ausgeht.

Sind nämlich in einem Auftragsverhältnis mehrere beauftragt, so bietet sich an, diese Beauftragtengemeinschaft daraufhin zu untersuchen, ob sie nicht gesellschaftsrechtliche Züge aufweist. (943) Wie auch schon dargestellt werden konnte, treffen auf den rechtstatsächlichen Sachverhalt der Fondsverwaltung die Kriterien der einfachen Gesellschaft zu, jedoch geht das AFG - wie im Fall des Kollektivanlagevertrages im Hinblick auf das Auftragsrecht - auch hier den allgemeinen Bestimmungen der Art. 530 ff. OR vor; insbesondere überlagert das AFG als *lex specialis* das Gesellschaftsrecht, wo es dispositiver Natur ist. Überall dort aber, wo das AFG weder ausdrücklich, noch seinem Sinn und Zweck nach, eine Konkretisierung oder Modifizierung der Art. 530 ff. OR verlangt, sind den Rechtsbeziehungen der Fondsverwalter in ihrem Innenverhältnis die Art. 530 ff. OR der einfachen Gesellschaft zu unterlegen.

Da eine andere Qualifizierung als die einer einfachen Gesellschaft nicht in Betracht kommt, ist die Unterscheidung zwischen der zweiten und der dritten Alternative ohne praktische Auswirkung; eine wohl unter der Berücksichtigung der spärlichen Quellen des historischen Gesetzgebers angemessenere Interpretation dürfte die Qualifizierung gemäß der zweiten Alternative sein.

Eine sogenannte Gesamthand-Außengesellschaft scheidet hinsichtlich der einfachen Gesellschaft der Fondsverwalter aus, da die Rechtsgeschäfte für die Beauftragtengesellschaft nach Art. 12 I 1, H. S. AFG grundsätzlich im Namen der Fondsleitung geführt werden. Entsprechend entfällt auch eine rein obligatorische Außengesellschaft.

(944) Es kann daher nur eine Innengesellschaft in Frage kommen, bei der jeder Geschäftsführer im Außenverhältnis selbst berechtigt und verpflichtet wird. (945)

Damit ist die Beauftragtengemeinschaft der Fondsverwalter des AFG eine rein obligatorische Innengesellschaft i. S. d. Art. 530 ff. OR. Jedoch wird die gesellschaftsrechtliche von der Mandatsstruktur der Beauftragtengemeinschaft überlagert. (946)

(942) S. o. S. 199 mit Fußn. 935.

(943) Vgl. dazu Siegwart, Vorbem. zu Art. 530-551 N 1 u. 2; Gautschi Art. 403 N 13.

(944) Sie käme insoweit in Betracht, als nach Art. 2 I, 12 I AFG kein Gesellschaftsvermögen besteht, sondern der Anlagefonds Eigentum der Fondsleitung ist, so daß die rechtlichen Beziehungen der Gesellschafter sich in obligatorischen Rechten und Pflichten erschöpfen. Vgl. Becker, Art. 530 N 18, 544 N 2.

(945) Vgl. Becker, Art. 530 N 20.

(946) Vgl. BGE 58 II 160; Gautschi, Art. 403 N 13.

§ 3 DER INHALT DES DEPOTBANKVERTRAGES

Inhalt des Rechtsverhältnisses sind die Rechte und Pflichten von Depotbank und Fondsleitung in **Zusammenhang** mit der Verwaltung des Investmentfonds für Rechnung der Anleger. Das AFG gibt den Inhalt des Gesellschaftsvertrages nicht vollständig wieder. Das Außenverhältnis der Gesellschafter zum Kollektiv der Anleger ist im Gesetz bezüglich der Depotbank nur andeutungsweise geregelt. (947) Nicht anders steht es mit dem Innenverhältnis, d. h. den Geschäftsführungsbefugnissen von Fondsleitung und Depotbank hinsichtlich der Verwaltung des Investmentfonds, die im Gesetz vorwiegend unter dem Aspekt der Rechtsstellung der Anleger behandelt sind.

Da die Beauftragtengesellschaft die Verwaltung des Investmentfonds gemäß dem Fondsreglement für Rechnung der Anleger bezweckt, ist das - größtenteils durch zwingende Vorschriften des AFG festgelegte - Fondsreglement zugleich auch Indiz für den Inhalt des Gesellschaftsvertrages. Da das Fondsreglement aber nach der Intention des AFG hauptsächlich zur Umschreibung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nach dem Kollektivanlagevertrag dienen soll, (948) braucht es den korrespondierenden Inhalt des Depotbankvertrages nicht vollständig, d. h. "einlässlich und klar" i. S. d. Art. 11 I AFG, wiederzugeben; es muß daher auch auf die allgemeinen Vorschriften der Art. 398 ff., 530 ff. OR zurückgegriffen werden.

Da im schweizerischen Investmentgeschäft nur dann ein Gesellschaftsvertrag zu schließen ist, wenn eine Depotbank - nach Art. 5 I AFG oder fakultativ - an der Fondsverwaltung teilnimmt, soll der Gesellschaftsvertrag zwischen Fondsleitung und Depotbank Depotbankvertrag genannt werden. (949)

I. Die Gesellschafterstellung der Depotbank

Die Gesellschafterstellung der Depotbank ist maßgeblich durch die arbeitsteilige Fondsverwaltung und die der Depotbank im AFG auferlegte Kontrollfunktion bestimmt.

Während nach Art. 535 OR die Regelung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen durch Vertrag oder Beschluß der Gesellschafter nahezu jedweder Variation offensteht, sind für die Beauftragtengesellschaft im Investmentgeschäft schon durch das AFG gewisse Grenzen gezogen.

(947) Vgl. Art. 26, 18 IV AFG.

(948) S. o. S., 199, 201 f.

(949) Vgl. zur entsprechenden Bezeichnung im deutschen Investmentgeschäft o. S., 52.

A. Festlegung durch das AFG

Die Gesellschafterstellung der Depotbank ist nach der Konzeption des AFG eine komplementäre Funktion bei der Fondsverwaltung: die Fondsleitung ist gemäß Art. 12 I 1. H. S. AFG grundsätzlich allein geschäftsführungs- und verfügungsbefugt, sofern sich AFG und Fondsreglement nicht zugunsten der Depotbank aussprechen. Indessen handelt es sich um eine teilweise widerlegbare Vermutung; **letztlich ist die Treue- und Sorgfaltspflicht der Gesellschafter gegenüber den Anlegern für die Abgrenzung der Gesellschafterstellung maßgebend.** (950)

B. Festlegung durch das Fondsreglement

Indem Art. 11 I, II lit. a AFG verlangt, daß die "Obliegenheiten" der Depotbank aus dem Kollektivanlagevertrag einläßlich und klar hervorzugehen haben, trifft das Fondsreglement gleichzeitig die grundsätzliche Abgrenzung der Geschäftsführungsbefugnisse der Fondsverwalter.

Die Gesellschafterstellung der Depotbank ist im Fondsreglement weitgehend **festgelegt**, wobei dessen Inhalt größtenteils zwingend vorgeschrieben ist. Nur dort, wo es das Gesetz ausdrücklich vorbehält, können hinsichtlich der Gesellschafterstellung der Depotbank variierende Bestimmungen aufgenommen werden. (951)

Dem Sinne des Gesetzes nach muß die Vorschrift des Art. 11 I, II lit. a AFG über den Kollektivanlagevertrag hinaus ausgelegt werden, so daß das Fondsreglement nicht nur den verbindlichen Willen zwischen den Anlegern und der mit ihnen kontrahierenden Beauftragtengemeinschaft, sondern auch jenen für die Gesellschafter in Bezug auf ihr Innenverhältnis wiedergeben soll; jedoch müssen an die "Einläßlichkeit" entsprechend geringere Anforderungen gestellt werden.

C. Einfluß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Im Zusammenhang mit der Frage, ob außerhalb des AFG und des von ihm regierten Fondsreglements noch vertragliche Vereinbarungen für die Gesellschafter und ihr Innenverhältnis möglich sind, stellt sich zunächst die Frage, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Depotbank für ihr Rechtsverhältnis zur Fondsleitung Geltung beanspruchen können.

Die schweizerischen Banken haben für die Geschäftsbeziehungen mit ihrer Kundschaft Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw. Spezialreglements aufgestellt und diese zum Vertragsinhalt der Rechtsbeziehungen zu den Kunden gemacht. Dabei sind die AGB

(950) S. dazu o. S. 198.

(951) Art. 8 IV AFG.

der schweizerischen Banken - im Gegensatz zu denen im deutschen Kreditgewerbe - nicht einheitlich abgefaßt; inhaltlich stimmen sie aber im wesentlichen überein. (952)

Man kann regelmäßig annehmen, daß die Depotbank, welche ja gewöhnlich außer dem Investmentgeschäft noch andere Bankgeschäfte betreibt, sich nur dann zur gemeinsamen Fondsverwaltung mit der Fondsleitung bereiterklärt, wenn sie dabei so weit wie möglich ihren im allgemeinen Geschäftsverkehr üblichen Usancen folgen kann. Daraus folgt, daß die AGB und die besonderen Reglemente der Depotbank Vertragsinhalt werden, auch wenn im Depotbankvertrag oder im Fondsreglement nicht ausdrücklich daraufhingewiesen wird. (953)

Andererseits gelten diese Geschäftsbedingungen nur subsidiär, und zwar nur insoweit, wie das AFG und das Fondsreglement nichts Abweichendes bestimmen oder die besonderen Sorgfaltspflichten der Depotbank nach Art. 8 III AFG i. V. m. Art. 398 C.O. vorgehen. (954)

D. Vertragliche Vereinbarungen außerhalb des Fondsreglements

Für den Inhalt des Depotbankvertrages stellt sich alsdann die Frage, ob neben den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Depotbank weitere vertragliche Vereinbarungen zwischen den Fondsverwaltern zulässig sind, die über den Inhalt des Fondsreglements hinausgehen. Es stellt in diesem Zusammenhang die Frage, in welchem Verhältnis die Kollektivanlageverträge mit dem Fondsreglement und der Depotbankvertrag zueinander stehen. Aus Art. 11 I AFG läßt sich nämlich vermuten, daß der Inhalt des Depotbankvertrages im Fondsreglement enthalten oder doch mitenthalten ist.

Der Depotbankvertrag als Gesellschaftsvertrag der Fondsverwalter erfüllt hinsichtlich der Durchführung des Investmentgeschäftes eine Spezialfunktion im Interesse des ge-

(952) Vgl. Kleiner, S. 10.

Wie in Deutschland wird auch in der Schweiz überwiegend die Ansicht vertreten, daß sich ein Bankkunde für die Dauer seiner Geschäftsbeziehung zu seiner Bank den von dieser aufgestellten AGB unterwirft, sofern er nicht ausdrücklich das Gegenteil erklärt. Vgl. BGE 44 II 492; Kleiner, S. 10 f.; Rusca, S. 217.

(953) Gl. A. Lusser, S. 86. Andererseits gilt das hier Gesagte nur für den Depotbankvertrag; im Rechtsverhältnis der Depotbank zum Anleger gelten die AGB jedoch nicht, es sei denn, daß sie das Fondsreglement ausdrücklich für anwendbar erklärt. Das folgt aus der Publizitätspflicht des Art. 11 I AFG.

(954) Vgl. Spoerri, S. 149; Gautschi, Art. 398 N 24 e.

meinsamen Abschlusses künftiger Kollektivanlageverträge: er soll die Zusammenarbeit der Fondsverwalter auf vertragliche Grundlage stellen, bevor sie als Beauftragtengemeinschaft sich den beteiligungswilligen Anlegern zur Verwaltung eines Investmentfonds anbieten. Es kann dahingestellt bleiben, in welchem Verhältnis man den Depotbankvertrag zum Kollektivanlagevertrag sehen will, (955) weil die Parteien nur teilweise identisch sind. Da beide Vertragsbereiche aber auf die Verwaltung des gleichen Investmentfonds gerichtet sind, besteht insoweit eine gegenseitige Abhängigkeit, als sie sich sachlich nicht widersprechen dürfen. (956) Die Tatsache, daß das Fondsreglement kraft Gesetzes nicht nur sämtliche Pflichten der Vertragsparteien aus dem Kollektivanlagevertrag - das ist der wesentliche Zweck des Fondsreglements - enthalten muß, sondern daß es wegen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich seines Inhaltes die entscheidenden Punkte der Fondsverwaltung zu klären hat, bewirkt, daß das Fondsreglement den Inhalt des Rechtsverhältnisses der Fondsverwalter untereinander weitgehend mitregelt, obwohl es rechtlich gesehen unmittelbar nur das Rechtsverhältnis beider Fondsverwalter zu den Anlegern umschreiben soll. Dennoch enthalten die gegenwärtigen Fondsreglemente nichts über mancherlei die Beziehungen der Fondsverwalter untereinander betreffenden Punkten und zwar zu Recht, da sie zur einläßlichen und klaren Umschreibung der Rechte und Pflichten von Fondsleitung und Depotbank gegenüber den Anlegern nicht erforderlich sind. Man kann daher sagen, daß der Inhalt des Fondsreglements, soweit es das Verhältnis der Fondsverwalter untereinander betrifft, Bestandteil des Depotbankvertrages ist; daß der Depotbankvertrag aber zweckmäßigerweise auch weitere Punkte abklärt, die das Innenverhältnis der Beauftragtengemeinschaft betreffen, namentlich bezüglich des gegenseitigen Auskunft- und Kontrollrechtes; daß schließlich der Depotbankvertrag nicht im Widerspruch zu Vorschriften des Reglements stehen sollte.

II. Die Verwaltungsrechte der Depotbank

Der Inhalt des Depotbankvertrages, der Rechtsgrundlage zwischen Depotbank und Fondsleitung, betrifft die Verwaltungsrechte und Geschäftsführungspflichten der Gesellschafter hinsichtlich der Verwaltung des Investmentfonds. Die Verwaltungsrechte der Depotbank erstrecken sich auf folgende Bereiche:

- (955) Vgl. für den Fall der Identität der vertragsschließenden Parteien die Abgrenzung zwischen Doppelgesellschaften und Hilfsvertragsverhältnissen bei Naegeli I, S. 1 ff. u. II, S. 428 ff.
- (956) Das ist ein Gebot der Zweckmäßigkeit, nicht aber gesetzlich vorgeschrieben. Widerspricht also der Depotbankvertrag inhaltlich dem Kollektivanlagevertrag bzw. dem Fondsreglement, so ist die Depotbank dem Anleger gegenüber gleichwohl allein entsprechend dem Fondsreglement aus dem Kollektivanlagevertrag verpflichtet, so daß die Depotbank darauf achten wird, daß der Depotbankvertrag dem Fondsreglement nicht widerspricht.

- Verwaltung des Investmentfonds
- Kontrolle der Fondsleitung

Grundlage der Verwaltungsrechte und -pflichten ist der Depotbankvertrag, Wegen der weitgehenden Übereinstimmung mit den Kollektivanlageverträgen aufgrund des Hineinwirkens des Fondsreglements in den Depotbankvertrag, kann man als Grundlage mittelbar auch die Kollektivanlageverträge heranziehen.

A. Die Verwaltung des Investmentfonds

Die Fondsverwaltung wird von den beiden Gesellschaftern, Depotbank und Fondsleitung, arbeitsteilig durchgeführt. (957)

1. Die Verwaltungsbefugnisse am Investmentfonds

Grundsätzlich teilen sich nur Fondsleitung und Depotbank in die Verwaltung des Investmentfonds. Die Anleger sind davon gänzlich ausgeschlossen.

a. Der Ausschluß der Anleger

Nach Art. 20 ff. i. V. m. 18 IV AFG stehen dem Anleger ausschließlich obligatorische Ansprüche gegen die **Beauftragengesellschaft** auf Beteiligung am Investmentfonds zu. Nach Abschluß des Kollektivanlagevertrages verbleibt ihm lediglich die Möglichkeit, seine im Anteilschein verbriefte Rechtsstellung zu übertragen oder aber durch Ausübung seines Rechtes auf **Widerruf** - Art. 21 AFG - die Auszahlung seiner Beteiligung zu **verlangen**. (958)

Insbesondere hat das AFG die aus der Zeit vor Inkrafttreten des AFG zum Teil übliche Institution der Anlegerversammlung ausgeschlossen, sofern diese auf die Verwaltung des Investmentfonds willensbildend einwirken konnte. (959)

b. Die arbeitsteilige Verwaltung durch Fondsleitung und Depotbank

Für den Normalfall ist die Verwaltung des Investmentfonds ausschließlich Sache der Beauftragengesellschaft. Aus den Beispielen in Art. 12 I i. V. m. 18 I, II AFG geht hervor, daß die Fondsleitung die eigentliche Anlagepolitik und sämtliche Verfügungen über den Investmentfonds zu veranlassen hat, (960) ihr stehen also die **dispositi-**

(957) S. dazu o. S. 65 f.

(958) Das **Weisungsrecht** des Anlegers nach Art. 297 OR ist durch das Fondsreglement im Kollektivanlagevertrag verbraucht.

(959) Vgl. Hirsch, Überblick, S. 3.

(960) Vgl. Botschaft, S. 290.

ven Verwaltungsfunktionen zu, während die Depotbank im wesentlichen mit der materiell-technischen Durchführung befaßt ist. (961)

Die Aufteilung der Fondsverwaltung betrifft die Geschäftsführung der Beauftragten-gesellschaft und ist also nicht nur Gegenstand der Kollektivanlageverträge, sondern auch des Depotbankvertrages.

Die Schätzungsexperten stehen außerhalb der eigentlichen Verwaltung; sie ergänzen den Arbeitsbereich der Fondsleitung.

c. Das Ersatzverwaltungsrecht des Sachwalters.

Fallen bei der Verwaltung des Investmentfonds **Fondsleitung** oder **Depotbank** infolge Geschäftsunfähigkeit aus, so setzt die Aufsichtsbehörde gemäß Art. 45 I AFG an Stelle des ausgefallenen Verwalters oder beider Verwalter einen sogenannten Sach-walter. (962)

Der Sachwalter hat die gleichen Befugnisse wie derjenige Fondsverwalter, für den er eingesetzt wird. Indes ist seine Amtszeit dadurch befristet, daß er der Aufsichtsbehör-de innerhalb eines Jahres einen Antrag auf Bezeichnung einer neuen **Fondsleitung** oder Depotbank oder auf Auflösung des Investmentfonds stellen muß. Für den Fall der Be-zeichnung eines neuen Fondsverwalters endet die Amtszeit mit der Übertragung der Kollektivanlageverträge durch die Aufsichtsbehörde auf diesen; **entscheidet jedoch** die Aufsichtsbehörde die Auflösung des Anlagefonds, so "beauftragt (sie) den Sach-walter, im Liquidationsverfahren die Aufgabe der geschäftsunfähigen **Fondsleitung** oder Depotbank zu übernehmen." (Art. 46 II AFG)

2. Die Aufbewahrung des Investmentfonds

Die Depotbank hat nach Art. 18 I AFG "das gesamte Fondsvermögen aufzubewahren". Dabei handelt es sich um eine ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis innerhalb der Beauftragtengesellschaft.

Die Aufbewahrungspflicht umfaßt sämtliche Gegenstände des Investmentfonds, nicht nur diejenigen, die üblicherweise Gegenstand der bankgeschäftlichen Verwahrung sind. (963) (964)

(961) Vgl. zur entsprechenden Konzeption im KAGG o. S. 65 f.

(962) Vgl. BGE 93 I 648. S. a. u. S. 272, 323 f.

(963) Aus Art. 13 I AFG kann nichts Gegenteiliges geschlossen werden:
die Beschränkung dieser Bestimmung auf bewegliche Vermögenswerte und Be-weisurkunden betrifft nur eine bestimmte vorgeschriebene Verwahrungsart,
nicht aber die Aufbewahrungspflicht als solche.

(964) Der historische Gesetzgeber hat bewußt zwischen der eigentlichen "Verwahrung" i. S. d. Hinterlegung beweglicher Sachen gemäß Art. 472 OR und der weiter gefaßten "Aufbewahrung des gesamten Fondsvermögens" unterschieden. Vgl. . Botschaft, S. 289 f.

Gerade diese vollumfängliche Aufbewahrungspflicht ist vor Verabschiedung des AFG Gegenstand des Disputes um die Stellung der Depotbank im **schweizerischen** Investmentgeschäft gewesen, (965) namentlich, weil man gewisse Schwierigkeiten im Hinblick auf die Aufbewahrung des Vermögens von Immobilienfonds sah. (966)

a. Der Investmentfonds als Sondervermögen

Der Investmentfonds ist nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet worden; (967) es **handelt** sich vielmehr um ein **Sondervermögen**, das im Eigentum der Fondsleitung steht und für Rechnung der Anleger verwaltet wird. (968) Das Eigentum der Fondsleitung besteht dabei nicht am Vermögen als solchem, sondern in Übereinstimmung mit dem schweizerischen Sachenrecht an seinen einzelnen Gegenständen, die sich nach Art. 6 I AFG aus Forderungen, beweglichen Sachen und Immobilien zusammensetzen können.

b. Die Gegenstände des Investmentfonds

Die Gegenstände des Investmentfonds sind die eigentlichen Anlagewerte, Forderungen auf diese oder Ersatzansprüche, die damit in Beziehung stehen.

Das AFG hat für die Aufnahme von Vermögenswerten in Investmentfonds verschiedene Vorschriften erlassen, die das Risiko der Vermögensanlage für die Anleger mindern sollen oder aber die Entartung des Investmentgeschäftes zum Holdinggeschäft unterbinden. Es sind danach zulässige und unzulässige Investmentanlagen zu unterscheiden. Die Art. 6, 7, 31 und 35 AFG sowie Art. 2 AFV stellen Richtlinien für die Anlage der Fondsmittel auf. Diese Richtlinien zerfallen in zwei Gruppen: sie betreffen einmal die Art der zulässigen Anlagen, alsdann quantitative Höchstgrenzen für die einzelne Anlage innerhalb des gesamten Fondsvermögens.

Art. 11 III AFG i. V. m. Art. 10 I, II AFV schreibt vor, daß gewisse nach dem Gesetz grundsätzlich zulässige Anlagen indes für den einzelnen Anlagefonds nur dann vorgenommen werden dürfen, wenn sie im Fondsreglement ausdrücklich vorgesehen sind.

(965) S. o. S. 44, f.

(966) Vgl. Botschaft, S. 290; Hirsch, Überblick, S. 12.

(967) Vgl. dazu Botschaft, S. 285; Hirsch, a. a. O., S. 2.

(968) Arg. Art. 1 II AFG.

aa. Qualitative Eignung

Unter dem Vorbehalt ausdrücklicher Nennung im Fondreglement gemäß Art. 11 II lit. b AFG i. V. m. Art. 10 AFV sind der Art nach folgende Investmentanlagen statthaft:

- Wertpapiere (969)
- sonstige Beteiligungs- und Forderungsrechte, wenn sie vom Bundesrat zugelassen sind (970)
- Immobilienwerte (971) - **flüssige Mittel** (972)

Hinsichtlich der Wertpapieranlagen hat das AFG den Kreis der zulässigen Beteiligungs- und Forderungsrechte weiter als das KAGG gezogen, das nur börsengängige Wertpapiere oder Rechte zuläßt. (973) Grundsätzlich sind alle wertpapiermäßig verurkundeten Rechte nach dem AFG investmentfähig.

Hingegen sind zur Anlage in Investmentfonds unzulässig:

- Warenpapiere (974)
Wertpapiere, deren Aussteller die Fondsleitung ist (975)
- Anteilscheine an von einer verbundenen Fondsleitung verwalteten Anlagefonds (976)

Was die sonstigen Beteiligungs- und Forderungsrechte betrifft, die nicht wertpapiermäßig verbriefte sind, hat der Bundesrat von der Ermächtigung des Art. 6 III AFG bislang nur in Art. 2 AFV Gebrauch gemacht und die Investmentanlage in Genossenschaftsanteilen, die an der Börse kotiert sind, für zulässig erklärt. (977) In Art. 2 II AFV subdelegiert der Bundesrat seine Kompetenz aus Art. 6 III AFG in dem eingeschränkten Sinn, daß die Aufsichtsbehörde sonstige Beteiligungs- und Forderungsrechte zulassen kann, sofern diese regelmäßig gehandelt werden. Hier sind die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken wie bei Art. 5 AFV anzubringen, wonach eine solche Subdelegation unstatthaft ist. (978)

(969) Art. 6 I AFG i. V. m. Art. 965 OR.

(970) Art. 6 III AFG.

(971) Art. 9 I, 31 AFG.

(972) Art. 6 I 2. H. S. AFG; Art. 2 III AFV.

(973) S. o. S. 68 f.

(974) Art. 6 II AFG. Zum Begriff vgl. Jäggi, Vorbem. vor Art. 1153 ff. N 3.

(975) Darunter fallen nach Art. 6 II AFG insbesondere Anteilscheine anderer Anlagefonds der gleichen Fondsleitung.

(976) Als verbunden sind solche Fondsleitungen zu bezeichnen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen, Konzernunternehmen, wechselseitig beteiligte Unternehmen oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrages sind. Zum Begriff der Abhängigkeit vgl. Caflisch, S. 242 ff. S. die Definition in § 15 AktG.

(977) Genossenschaftsanteile sind nach Art. 853 III OR keine Wertpapiere.

(978) Vgl. o. S. 30.

Immobilienwerte sind:

- Grundstücke und deren Zugehör (979)
- Beteiligungen und Forderungen gegen Immobiliengesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gegenstand und Zweck einzig Erwerb und Verkauf, Vermietung und Verpachtung eigener Grundstücke sind (980)

Hinsichtlich der Grundstücke weicht das AFG mit Art. 35 I AFG insofern von der eigentlichen Anlagetätigkeit des Investmentgeschäftes ab, als die Fondsleitung "zur Beschaffung von Kapitalanlagen Bauten für Rechnung des Anlagefonds erstellen lassen" darf. Die Fondsleitung kann in diesem begrenzten Rahmen **unternehmerisch** tätig werden.

Flüssige Mittel sind nach Art 2 III AFV:

- Bargeld
- Postscheckguthaben
- Bankguthaben, sofern sie eine Laufzeit von höchstens 3 Monaten haben (981)

bb. Quantitative Eignung

Für Wertpapieranlagen von Anlagefonds stellt das AFG zwecks Minderung des Risikos der einzelnen Anlage in Art. 7 AFG quantitative Schranken auf:

- **Anlagen dürfen** im gleichen Unternehmen (982) nur solange getätigt werden, wie der Verkehrswert im Zeitpunkt der Anlage $7\frac{1}{2}\%$ des Fondsvermögens nicht übersteigt. (983)
- Die zu einem Anlagefonds gehörenden **Beteiligungsrechte** in einem Unternehmen dürfen nie mehr als 5% der Stimmen umfassen; stehen

(979) Art. 31 II lit. a AFG. Es braucht sich nicht notwendig um Grundstücke im ausschließlichen Eigentum der Fondsleitung zu handeln; ebenso gut ist Miteigentum, auch Stockwerkseigentum an Überbauungen möglich. Zum Begriff des Zugehört vgl. Tuor, S. 482 ff.

(980) Art. 31 II lit. b AFG.

(981) Das KAGG kennt eine solche Beschränkung nicht. Vgl. o. S. 82 f.

(982) Der Unternehmensbegriff kann gegebenenfalls Schwierigkeiten bereiten. Ist jedes rechtlich selbständige Unternehmen auch ein anderes Unternehmen i. S. d. Art. 7 I AFG? Oder ist der Terminus wirtschaftlich inspiriert, so daß die Glieder eines Konzernunternehmens zusammen ein einziges Unternehmen bilden? Könnte man sogar so weit gehen, daß jedes abhängige Unternehmen dem herrschenden Unternehmen zuzurechnen ist? Vgl. dazu § 7 III 3 KAGG, der nur sogenannte Konzernunternehmen i. S. d. § 18 AktG einbezieht. Die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes wird der Aufsichtsbehörde und den Gerichten obliegen.

(983) Art. 7 I AFG.

mehrere Anlagefonds unter der gleichen Fondsleitung oder unter miteinander verbundenen Fondsleitungen, so beträgt der Höchstsatz für sie insgesamt 10 %. (984)

- Die Einzahlungs- oder Nachschußpflicht bei Fondsanlagen darf nie mehr als 10% des Fondsvermögens erreichen. (985)

Die vorgenannten Höchstsätze sind, was die Stimmrechte betrifft, absolut; hinsichtlich der Beteiligungsquote am einzelnen Unternehmen ist der Satz von 7 1/2% in zweifacher Beziehung relativ: das Verhältnis kann sich bei der gleichen nominellen Anlage durch Wertveränderungen des Fonds verschieben; auch kann es sich durch Ausübung gewährter Bezugsrechte - theoretisch sogar um ein Mehrfaches - erhöhen.

cc. Verletzung der Anlagevorschriften

Verstößt die Fondsleitung gegen die gesetzlichen oder vertraglichen Anlagevorschriften, so wird davon die Rechtswirksamkeit des Erwerbsgeschäftes nicht berührt. Denn da das AFG keine besondere Regelung für den Fall gebots- bzw. verbotswidriger Anlagegeschäfte für Rechnung **der Anleger** trifft, bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen des Sachen- und des Schuldrechts. Danach ist der Erwerb von Anlagewerten durch die Fondsleitung nur durch das wirksame Zustandekommen des Übertragungsvertrages bedingt, die Motivation der Fondsleitung, ob sie nämlich für eigene Rechnung erwerben will oder aber für Rechnung der Anleger des einen oder anderen ihrer Anlagefonds tätig wird, ist rechtlich für den Dritten, von dem die Fondsleitung den fraglichen Anlagewert erwirbt, irrelevant. (986) Allein dieses Ergebnis wird auch den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht. (987)

Die Depotbank hat demgemäß die von der Fondsleitung entgegen den Anlagevorschriften erworbenen Vermögenswerte in Verwahrung zu nehmen, wenn die Fondsleitung deren Zugehörigkeit zum Investmentfonds behauptet. Ob die Fondsleitung

(984) Art. 7 II AFG.

(985) Art. 7 III AFG.

(986) Nicht nur die Abklärung der Frage, ob die Fondsleitung für eigene oder für fremde Rechnung erwirbt, würde dem Dritten erhebliche Schwierigkeiten bereiten, wenn man die **Rechtswirksamkeit** eines Anlagegeschäftes der Fondsleitung davon abhängig machen wollte, daß sich die Fondsleitung im Rahmen der jeweiligen Anlagevorschriften hält; dem Dritten obläge dann sogar die Überprüfung, für welchen Fonds die Fondsleitung gegebenenfalls erwerben will, und er müßte bei ihr - oder sogar bei der Depotbank - Nachforschungen anstellen, wie es bei diesem Fonds mit den Anlagevorschriften steht.

(987) Wollte man die absolute Unwirksamkeit von gebots- und verbotswidrigen Anlagegeschäften der Fondsleitung vertreten, so wären gerade im Effektergeschäft Abschlüsse "für den, wen es angeht" nicht mehr gewährleistet. Im deutschen Investmentgeschäft besagt § 7 VIII KAGG, daß verbotswidrige Anlagegeschäfte grundsätzlich rechtswirksam sind. Vgl. dazu o. S. 71.

aber dann Anspruch auf Befreiung der eingegangenen **Verbindlichkeiten** oder auf Ersatz ihrer Aufwendungen aus dem Investmentfonds geltend machen kann, ist nach Art. 16 I AFG zu entscheiden. (988)

c. Der Erwerb von Vermögenswerten für den Investmentfonds

Nunmehr stellt sich die Frage, wann die Aufbewahrungspflicht der Depotbank akut wird. Die Depotbank **hat nämlich** nach Art. 18 I AFG all die Gegenstände aufzubewahren, die Bestandteil des Anlagefonds sind. (989) Da allein die Fondsleitung für Rechnung der Anleger erwerben und für den Anlagefonds rechtlich zuständig sein soll, kommt es also darauf an, wann die Fondsleitung Vermögenswerte für den Investmentfonds erwirbt, mit anderen Worten, ab wann sie als für Rechnung der Anleger erworben zu gelten haben. Denn es herrscht im schweizerischen Investmentgeschäft keine besondere Surrogationsnorm, kraft derer sämtliche für Rechnung der Anleger erworbenen Vermögensgegenstände Bestandteil des Investmentfonds werden. (990)

Die Fondsleitung, welche nach Art. 12 I AFG treuhänderischer Verwalter des Investmentfonds im eigenen Namen für Rechnung der Anleger ist, erwirbt im Zusammenhang mit der Durchführung des Investmentgeschäftes verschiedene Arten von Vermögenswerten:

- Einzahlungen der Anleger
- Anlagen
- Forderungen auf Anlagewerte
- Erträge aus Anlagen
- Veräußerungserlöse
- Ersatzansprüche

Grundsätzlich erwirbt die Fondsleitung nach den **allgemeinen** Vorschriften für den Erwerb von Forderungen, beweglichen Sachen und Grundstücken.

aa. Erwerb von Forderungen

Erste Gruppe der Gegenstände, welche die Fondsleitung für Rechnung der Anleger zur Aufnahme in den Anlagefonds erhält, ist jene der obligatorischen Rechte oder Forderungen, die keine eigentlichen Anlagen sind.

Dazu gehören:

- Einzahlungen der Anleger
- **Ansprüche** aus Rechtsgeschäften für Rechnung der Anleger
- Erträge aus Anlagen

(988) S. dazu u. S. 230 f.

(989) Da an Vermögen als solchen grundsätzlich keine Rechtszuständigkeit erworben werden kann, ist der Begriff Bestandteil hier nicht im rechtlichen Sinne - vgl. dazu Tuor, S. 484 ff. -, sondern im wirtschaftlichen Sinne verwandt.

(990) Vgl. § 6 II KAGG.

- Veräußerungserlöse
- Ersatzansprüche

Wenn der Fondsleitung diese obligatorischen Rechte nicht schon zustehen, weil sie in ihrer Person - kraft Gesetzes, durch eigenes Handeln oder durch direkte Vertretung - entstanden sind, so erwirbt sie diese Rechte gemäß Art. 164 ff. OR, oder es kommt hinsichtlich der sonstigen Anlagegeschäfte, die etwa im Wege der Kommission oder anderer Geschäftsbesorgungsverhältnisse abgewickelt werden, Art. 401 I OR zur Anwendung. (991) Kraft der Legalzession des Art. 401 I OR werden diese Forderungen in dem Augenblick Bestandteil des Investmentfonds, (992) in dem die Fondsleitung den Beauftragten die ihnen zustehenden Ansprüche aus der actio mandati contraria sichergestellt oder erfüllt hat, (993)

bb. Erwerb beweglicher Sachen

Bewegliche Sachen erwirbt die Fondsleitung nach den allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechtes. (994) Dabei ist der Erwerb von Grundstücks-Zugehör, vor allem aber der Erwerb von Wertpapieren, zulässig.

Letztere werden an die Fondsleitung entsprechend den sachenrechtlichen Grundsätzen nach Art. 967 f. OR übertragen. (995)

Die Fondsleitung hat dabei den Eigentumserwerb im eigenen Namen mit der Aussonderung der erworbenen Gegenstände für den Anlagefonds zu verbinden, damit diese beweglichen Sachen als dem Investmentfonds zugehörig gewertet werden können.

(991) Art. 401 OR ist auf alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte und Vermögensverwaltungen anwendbar. Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 401 N 11-16; Art. 434 N 1 f.; Gautschi, Art. 425 N 1 b.

(992) Rechtlich gesehen gehen diese Forderungen auf die Fondsleitung über; wegen ihrer aus der Natur des Kausalgeschäftes erkennbaren Zugehörigkeit zum Anlagefonds werden sie aber zugleich Bestandteil des Sondervermögens "Anlagefonds". Damit ist für das AFG eine dem § 6 KAGG entsprechende Surrogationsnorm entbehrlich. Vgl. zu § 6 KAGG o. S. 73 ff., s. a. Fussn. 419.

(993) Vgl. Gautschi, Art. 401 N 22, 26 a.

Die Legalzession ist jedoch nur solange möglich, wie diese Forderungen nicht durch Erfüllung - durch Leistung an die Depotbank - erloschen sind. Vgl. Gautschi, Art. 425 N 9c.

(994) Art. 714 ff., 922 ff. ZGB. Vgl. zum Eigentumserwerb an Fahrnis auch Tuor, S. 434 ff., 530 ff.

(995) Vgl. dazu Jäggi, Art. 965 N 308; Art. 967 N 34 ff., 38 ff., 67, insbes. 68

a. Erwerb von Grundstücken

Grundstücke gehören erst dann als "Immobilienwerte" zu einem Anlagefonds, wenn sie "im Grundbuch auf den Namen der Fondsleitung, jedoch unter Vormerkung der Zugehörigkeit zum Anlagefonds, eingetragen sind." (996) Es fragt sich, welche Bedeutung dieser Grundbuchvormerkung zukommt.

Nach Art. 959 f. ZGB sind ein numerus clausus obligatorischer Rechte, sowie gewisse Verfügungsbeschränkungen **vormerkungsfähig**. (997) Die Vormerkung der Zugehörigkeit zum Anlagefonds bedeutet, daß die Fondsleitung als Eigentümer der Grundstücke über diese nur für Rechnung der Anleger verfügen darf. Es handelt sich damit um eine treuhänderische Verfügungsbeschränkung, für die im Gesetz eine Vormerkung vorgesehen ist. Damit ist die Vormerkung des Art. 31 lit. a AFG unter Art. 960 I Ziff. 3 ZGB einzuordnen. (998)

Wie bei den sonstigen Vormerkungen im Grundbuch bewirkt die Vormerkung der Zugehörigkeit eines Grundstücks zum Anlagefonds keine Sperre des Grundbuches. Indes kann eine Verfügung der Fondsleitung, welche nicht für Rechnung der Anleger erfolgt, keine nachteiligen Wirkungen für die vorgemerkte Rechtsposition nach sich ziehen. Das bedeutet, daß diejenigen, die aufgrund einer Verfügung der Fondsleitung dieser den entsprechenden Gegenwert zukommen lassen, im eigenen Interesse darauf zu sorgen haben, daß dieser Gegenwert "für Rechnung der Anleger" auf die

(996) Art. 13 II lit. a AFG.

Wirtschaftlich gehören zum Fondsvermögen auch die Grundstücke im Eigentum der Immobiliengesellschaften, welche gemäß Art. 31 II lit. d AFG von der Fondsleitung beherrscht werden. Diese erwerben Grundstücke im eigenen Namen; ihre Zugehörigkeit zum Anlagefonds ist mittelbar und vom rechtsgeschäftlichen Handeln der Fondsleitung unabhängig, sie brauchen daher hier nicht miteinbezogen werden.

(997) Vgl. Art. 71, 73 GBV. S. a. Tuor, S. 467.

(998) Hinsichtlich des in Art. 17 AFG bestimmten Schutzes des Fondsvermögens vor Einziehung in die Konkursmasse der Fondsleitung oder vor Pfändung (s. dazu Botschaft, S. 323) gewährleistet Art. 31 II lit. a AFG die Publizität. Es läßt sich aber deshalb nicht sagen, daß sich die Bedeutung dieser Gesetzesvorschrift darin beschränke. Denn während die Depotbank bei den Vermögenswerten des Fonds, die Wertpapiere oder Guthaben sind, aufgrund ihrer Verwahrungsfunktion über Verfügungen seitens der Fondsleitung rechtzeitig zum Schutze der Anleger Kenntnis erhält, würde es bei Verfügungen der Fondsleitung über ein zum Fonds gehörendes Grundstück nicht notwendig zur erforderlichen Information der Depotbank kommen, da sie ja die Grundstücke nicht entsprechend den vorgenannten Vermögenskategorien "aufbewahren" kann. In diese Lücke springt also die Vormerkung des Art. 31 II lit. a AFG

Fondsleitung zu Händen der Depotbank übertragen wird. Der Verfügungsbegünstigte - Käufer oder Pfandgläubiger - wird seiner Obliegenheit genügt haben, wenn er an die Depotbank des Anlagefonds geleistet hat.

Die Vormerkung ist von der Fondsleitung gemäß Art. 963 ZGB i. V. m. Art. 15 GBV beim zuständigen Grundbuchamt zu beantragen. Einer Mitwirkung der Depotbank bedarf es dabei von Gesetzes wegen nicht.

Erst nach vollzogener Eintragung gilt ein Grundstück als zum Investmentfonds gehörend.

d. Vorgeschriebene und zulässige Verwahrungsarten

Das AFG konkretisiert die Aufbewahrung des Fondsvermögens in Art. 18 I, II AFG sowie in Art. 13 AFG, der kraft Art. 18 IV AFG auf die Depotbank sinngemäße Anwendung findet. Damit ist die **Gestaltung** des Depotbankvertrages - z. B. im Fall des Art. 13 II AFG - in den Einzelheiten weitgehend gesetzlich vorgeschrieben.

aa. Die Aufbewahrung der flüssigen Mittel

Nach Art. 18 I, II AFG hat die Depotbank die flüssigen Mittel des Fonds aufzubewahren und die Bestandsveränderungen zu besorgen. Über Art. 18 IV AFG ist auch Art. 13 AFG für die Aufbewahrung der flüssigen Mittel heranzuziehen.

Art. 13 AFG ist fraglos anwendbar, wenn es sich bei den liquiden Mitteln um Geld als "bewegliche Sache" - Art. 13 I AFG - handelt. Erfasst Art. 13 AFG aber auch die als Guthaben unterhaltenen liquiden Mittel des Investmentfonds? Bankguthaben sind Forderungen gegen die Bank und somit keine "beweglichen Sachen" i. S. d. Art. 13 AFG. Nun trägt Art. 13 AFG aber den Randtitel "Aufbewahrung des Fondsvermögens", so daß man wohl annehmen muß, daß der Gesetzgeber die Aufbewahrung hinsichtlich sämtlicher Arten von Fondswerten regeln wollte. Was die Bankguthaben betrifft, liegt also in Art. 13 I eine Gesetzeslücke vor, die durch entsprechende Anwendung der Vorschriften für die beweglichen Vermögenswerte und Beweisurkunden zu schließen ist.

Soweit die liquiden Mittel des Investmentfonds als Guthaben der Fondsleitung bei der Depotbank selbst unterhalten werden, beläßt das AFG den Fondsverwaltern volle Vertragsfreiheit, im Rahmen ihrer Treuepflicht gegenüber den Auftraggebern die angemessendste Form zu finden. (999) Das Erfordernis der besonderen Kennzeichnung entsprechend Art. 13 I AFG bedeutet dabei, daß die Guthaben der Fondsleitung bei der

(999) Namentlich wird nicht die Einrichtung von Sperrkonten verlangt, wie dies in § 11 III KAGG der Fall ist.

Depotbank getrennt nach der Zugehörigkeit zum Eigen- und zu den jeweiligen Fondsvermögen verbucht werden müssen. (1000)

Sollte die Fondsleitung über Bargeld für Rechnung der Anleger verfügen, so hat sie dies der Depotbank zwecks Aufbewahrung unverzüglich an die Hand zu geben. Wenn das Bargeld als solches erhalten bleiben soll, (1001) ist es wie die sonstigen beweglichen Sachen des Fondsvermögens aufzubewahren. (1002)

Art. 2 III AFV gestattet die Unterhaltung von Guthaben des Investmentfonds bei anderen Banken und Postscheckämtern. Handelt es sich dabei um ausländische Geldinstitute, so können sie nur hinzugezogen werden, wenn dies im Fondsreglement ausdrücklich vorgesehen ist. (1003) Da die Aufbewahrung des Fondsvermögens nach Art. 18 I AFG in die Kompetenz der Depotbank fällt, ist sie auch für die Hinzuziehung weiterer Kontostellen zuständig; die Fondsleitung ist also nicht berechtigt, im eigenen Namen bei anderen Banken als bei der Depotbank Fondskonten zu eröffnen bzw. zuzulassen, daß dort für den Anlagefonds bestimmte Guthaben verwahrt werden. Wohl aber können Konten für den Fonds errichtet werden, bei denen Fondsleitung und Depotbank gemeinsam Kontoinhaber sind und dabei gemeinsame Verfügungsbefugnis haben.

bb. Die Verwahrung von Wertpapieren und Beweisurkunden

Die Depotbank hat grundsätzlich alle beweglichen Sachen aufzubewahren, die zum Investmentfonds gehören. Das sind hauptsächlich Wertpapiere und das Zugehör von Immobilien. Die "Beweisurkunden über die übrigen Vermögenswerte" des Investmentfonds werden hinsichtlich ihrer Aufbewahrung in Art. 13 AFG den Wertpapieren gleichgestellt. (1004)

Gegenstand der Aufbewahrungspflicht sind nicht alle beweglichen Sachen des Investmentfonds. Für das Zugehör ist die Fondsleitung oder die zuständige Immobiliengesellschaft verantwortlich. Auch bezüglich der Beweisurkunden sind nur solche in den Pflichtenkreis der Depotbank einbezogen, die die einzige "Verkörperung" der

(1000) Es reicht also nicht aus, daß die Fondsleitung erst in ihrer internen Buchführung dem Trennungserfordernis des Art. 13 I AFG entspricht.

(1001) Nach Art. 12 I AFG hat die Fondsleitung diesbezüglich die ausschließliche Entscheidungskompetenz.

(1002) S. dazu S. 217 f.

(1003) Art. 13 III AFG könnte, da er von Hinterlegungsstellen handelt, die von Art. 472 OR nicht erfaßten Bankguthaben ausgeschlossen haben; indes ist auch hier die Regelung auf das gesamte Fondsvermögen und damit auch auf die Guthaben des Investmentfonds auszudehnen.

(1004) Beweisurkunden sind etwa Genossenschaftsanteile, aber auch Auszüge über Bank- oder Postscheckguthaben oder über Depots des Investmentfonds.

repräsentierten Vermögenswerte sind und bezüglich der eine andere Aufbewahrungsform nicht möglich ist. Damit entfallen z. B. Beweisurkunden über Kontoguthaben des Anlagefonds, die bei der Depotbank selbst unterhalten werden; ihre Aufbewahrung ist der Depotbank nur in Gestalt der Aufbewahrung der "flüssigen Mittel" aufgegeben. (1005) nach Art. 13 I AFG bleibt insoweit die Fondsleitung zur Verwahrung der Kontoauszüge verpflichtet.

Wenn die Depotbank die in Frage kommenden Wertpapiere und Beweisurkunden selbst verwahrt, so hat dies gemäß Art. 13 I AFG unter Kennzeichnung der Zugehörigkeit zum Investmentfonds zu geschehen.

Damit ist das sogenannte depositum **irregulare** ausgeschlossen. (1006) Entfällt damit auch die Möglichkeit, Wertpapiere des Investmentfonds bei der Depotbank in Sammelverwahrung zu nehmen? Denn anders als beim Fall der irregulären Verwahrung, bei der dem Verwahrer die Aneignung des hinterlegten Gegenstandes gestattet ist, verbleibt der hinterlegenden Fondsleitung Eigentum an den in den Sammelbestand genommenen Wertpapieren, nur daß sich das Eigentum an den konkreten Wertpapieren in Miteigentum an der den Sammelbestand bildenden Gattung ändert. In den AGB wird dem Depotgeschäft der Banken zugrundegelegt, daß neben der Verwahrung im sogenannten offenen Depot auch Sammelverwahrung zulässig sein soll; getrennte Verwahrung muß vom Kunden unter Übernahme der besonderen Kosten ausdrücklich beantragt werden. Aus Art. 6 AFG ist nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Zulässigkeit von Fondsanlagen solche in Gestalt von Miteigentum ausschließen wollte. (1007) Auch hat sich Art. 13 I AFG auf die Kennzeichnungspflicht beschränkt. Diese ist aber im Personendepotbuch (1008) auch bezüglich Miteigentumsanteilen an Sammelbeständen möglich. Selbst wenn man Art. 13 II AFG entsprechend auf die Depotbank selbst und nicht nur auf von ihr hinzugezogene Hinterlegungsstellen anwendet, schließt diese Vorschrift die Sammelverwahrung nicht aus; denn auch bei dieser Verwahrungsart kann von einem selbständigen Verfügungsrecht des Verwahrers über die hinterlegten Gegenstände nicht gesprochen werden. Damit ist die Sammelverwahrung von Wertpapieren gestattet. (1009)

Im übrigen gelten die Vorschriften über die Hinterlegung - Art. 472 ff. OR - für die Aufbewahrungspflicht der Depotbank aus dem Depotbankvertrag. Über die Hinzuziehung von Drittverwahrern wird weiter unten zu handeln sein. (1010)

(1005) S. o. S. 216 f.

(1006) § 481 III OR, Vgl. a. Botschaft, S. 320 zu Art. 13 AFG.

(1008) S. o. S. 210 f.

(1008) Zur Depotbuchführung vgl. o. S. 85 ff.

(1009) A. A. Schuster, Art. 13 Anm. 2.

(1010) S. dazu u. S. 288.

cc. Die Aufbewahrung von Immobilienwerten

Unter den Immobilienwerten eines Investmentfonds sind die Beteiligungen an Immobiliengesellschaften wie die übrigen Wertpapiere des Investmentfonds durch die Depotbank aufzubewahren. (1011)

Wie kann die Depotbank aber ihrer gesetzlichen Aufbewahrungspflicht bei den Grundstücken nachkommen, die durch die Vormerkung im Grundbuch (1012) zum Investmentfonds gehören? Die Aufbewahrungspflicht der Depotbank bedeutet hier, daß die Depotbank solche Maßnahmen zu ergreifen hat, die gewährleisten, daß Verfügungen jedweder Art über diese Grundstücke nicht ohne ihr Wissen erfolgen können. (1013)

Die Aufgabe der Depotbank wäre einfacher, wenn sich der Gesetzgeber entschlossen hätte, bei der Grundbucheintragung nicht nur eine Vormerkung zugunsten der Anleger zu verlangen, sondern auch im Hinblick auf die Aufbewahrungspflicht der Depotbank eine Eintragungsmöglichkeit zu schaffen. Mangels eigener Rechtszuständigkeit an den Grundstücken kann die Depotbank aber unter dem geltenden Recht keine Vormerkung eintragen lassen. (1014) Sie kann ihrer Aufbewahrungspflicht daher nur über ihre Kontrollbefugnisse nachkommen. (1015)

Wenn z. B. zu Lasten eines Investmentfonds der Fondsleitung Immobilien angeschafft werden sollen, so kann sich die Depotbank als erstes infolge der **Zahlungsanforderung** der Fondsleitung nach Art. 16 AFG oder der entsprechenden Immobiliengesellschaft gemäß Art. 18 II AFG (1016) über die ordnungsgemäße Vormerkung des betreffenden Grundstückes im Grundbuch unterrichten. Die Sorgfaltspflicht erheischt weiter, daß die Depotbank von Zeit zu Zeit Kontrollen durchführt, ob ihr Buchbestand über die Immobilienwerte mit den Grundbucheintragungen übereinstimmt. Entdeckt die Depotbank bei einer solchen Kontrolle, daß die Fondsleitung ohne ihr Wissen über ein Grundstück zum Nachteil des Investmentfonds verfügt hat, d. h. ohne daß der Depotbank die Gegenleistung des Verfügungsberechtigten der Fondsleitung zur Aufbewahrung an die Hand gegeben wurde, so hat sie zunächst als Mitgesellschafterin der Fondsleitung die Befugnisse des Art. 541 I OR. (1017) Die Depotbank kann also ebenso wie die

(1011) S. o. S. 217 f.

(1012) S. o. S. 215 f.

(1013) Vgl. Hirsch, Überblick, S. 12.

(1014) Der Umstand, daß die Depotbank wegen Art. 18 II AFG hinsichtlich der Gegenleistung eines Verfügungsberechtigten der Fondsleitung eingeschaltet werden muß, vermag ein vormerkungsfähiges Recht der Depotbank am betreffenden Grundstück des Fonds nicht zu begründen.

(1015) S. dazu u. S. 236 ff.

(1016) S. dazu u. S. 229 f.

(1017) S. dazu u. S. 236 ff.

deutsche Depotbank das Investmentunternehmen zur Einhaltung seiner Pflichten gegenüber den Anlegern anhalten; (1018) gleichfalls hat sie aber keine Möglichkeit, die geschützte Rechtsstellung der Anleger gegenüber dem Verfügungsbegünstigten geltend zu machen. (1019)

Gelingt es der Depotbank nicht, das Fondsvermögen aufzubewahren, indem etwa die Gegenleistung aus einer Verfügung der Fondsleitung über ein zum Investmentfonds gehörendes Grundstück nicht zwecks Aufbewahrung in ihre Hand gelangt, so können, wenn die Depotbank nicht aufgrund des Depotbankvertrages von der Fondsleitung ein diesem konformes Verhalten erreichen kann, nur die Revisionsstellen und die Aufsichtsbehörde für die Herbeiführung des rechtmässigen Zustandes sorgen; die Anleger haben freilich das Recht, sofern sie von einer Unregelmässigkeit Kenntnis erlangen, gemäß Art. 23 f. AFG gegen die Fondsverwalter vorzugehen. (1020).

ddd. Die Aufbewahrung sonstiger Fondswerte

Neben flüssigen Mitteln, Wertpapieren, Beweisurkunden und Grundstücken können zum Investmentfonds noch andere Vermögenswerte gehören, namentlich Forderungen aus Anlagegeschäften sowie mit der Fondsverwaltung zusammenhängende Ersatzansprüche. Auch insoweit ist die Depotbank zur Aufbewahrung verpflichtet. In entsprechender Anwendung der vorgenannten Grundsätze hat die Depotbank dafür zu sorgen, daß sie vom Vorhandensein dieser Vermögenswerte Kenntnis erhält. Nur wenn die Depotbank Anlagegeschäfte der Fondsleitung für den Fonds vollumfänglich abwickelt, bedarf es keiner besonderen Erkundigungen der Depotbank. Im übrigen muß sie mit der Fondsleitung vereinbaren, von ihr jeweils unverzüglich unterrichtet zu werden, wenn diese einen Vermögenswert für Rechnung der Anleger erwirbt. Unabhängig davon wird sie aber von den Befugnissen ihres Informationsrechtes Gebrauch machen müssen, (1021) um ihrer Aufbewahrungspflicht nach Art. 18 I AFG genügen zu können.

ee. Die Aufbewahrung der Aktiva einer Immobiliengesellschaft

Unter ausführlicher Erörterung bedarf noch die Frage, ob die Depotbank hinsichtlich der Vermögenswerte, die von Immobiliengesellschaften i. S. d. Art. 32 AFG gehalten werden, ebenfalls aufbewahrungspflichtig ist und wie sie gegebenenfalls dieser Aufgabe gerecht werden kann.

Art. 18 I AFG weist der Depotbank die Aufgabe zu, das gesamte Fondsvermögen zu verwahren, also sämtliche Vermögenswerte, die unter Zugehörigkeit zum Sondervermögen "Anlagefonds" rechtlich der Fondsleitung zustehen. Da eine Immobilien-

(1018) Vgl. o. S. 138 ff.

(1019) Vgl. dazu o. S. 149 f.

(1020) S. 276.

(1021) S. 237 ff.

gesellschaft gemäß Art. 31 II lit. b AFG mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist, gehören ihre Vermögenswerte bzw. Grundstücke nicht zum Vermögen der Fondsleitung und damit auch nicht zum Anlagefonds, der von der Depotbank zu verwahren ist. Dies wird auch durch Art. 6 I AFG unterstützt, der im Hinblick auf die Zulässigkeit der Anlage der Fondsmittel Immobilienwerte "im Sinne von Artikel 31" nennt, was neben der Fondsleitung gehörenden Grundstücken nur Beteiligungen an und Forderungen gegen Immobiliengesellschaften sind, also nicht deren Aktiva.

Gelangt nun das Vermögen einer Immobiliengesellschaft i. S. d. Art. 32 II lit. a AFG deshalb in die Aufbewahrungspflicht der Depotbank, weil diese Gesellschaft zwar nicht dem AFG untersteht, (1022) die Fondsleitung aber aufgrund ihrer qualifizierten Mehrheits- bzw. Stimmrechtsbeteiligung dafür einzustehen hat, "daß die Vorschriften dieses Gesetzes und des Fondsreglements (von der Immobiliengesellschaft) eingehalten werden", (1023) hat dieser "Zwang, die Immobiliengesellschaften nach den Vorschriften des Anlagefondsgesetzes zu verwalten," also die mittelbare Anwendbarkeit des AFG auf die Geschäftstätigkeit einer Immobiliengesellschaft, Konsequenzen für die Aufbewahrungspflicht der Depotbank? Sie müßten sich auf eine entsprechende Anwendung des Art. 32 I AFG auf die Depotbank über Art. 18 IV AFG gründen. Zunächst wäre daran zu denken, daß der Gesetzgeber mit Art. 18 IV AFG die Haftungsausweitung des Art. 32 I AFG auch für die Depotbank gelten lassen wollte mangels einer Machtstellung und damit Einflußmöglichkeit gegenüber der Immobiliengesellschaft, wie sie die Fondsleitung inne hat, kann eine entsprechende Haftungsausweitung jedoch nicht in Frage kommen. (1024)

"Für die Verpflichtungen der Fondsleitung macht... es keinen Unterschied aus, ob die Liegenschaften des Anlagefonds ihr unmittelbar gehören oder ob sie sich in einer Immobiliengesellschaft befinden". "(1025) Wenn die Fondsleitung also in ihrer Geschäftstätigkeit für Rechnung der Anleger gemäß Art. 32 I AFG keinen Unterschied machen darf, ob die für Rechnung der Anleger erworbenen Vermögenswerte ihr oder einer von ihr abhängigen Immobiliengesellschaft rechtlich zustehen, hat sie die im AFG konzipierte Arbeitsteilung bei der Fondsverwaltung auch auf die Immobiliengesellschaft anzuwenden. Damit bewirkt die Pflicht, die Immobiliengesellschafter nach den Vorschriften des AFG zu verwalten, daß die Fondsleitung die Depotbank

(1022) Vgl. Botschaft, S. 301. Wollte man das AFG als *lex specialis* für solche Gesellschaften ansehen, die entsprechend Art. 32 II lit. b AFG aufgezogen sind, so steht dem die Legaldefinition in Art. 1 I, 2 I AFG hinsichtlich des Geltungsbereiches des AFG entgegen. Vgl. im übrigen Art. 32 I 2. H. S. AFG.

(1023) Vgl. dazu Botschaft, S. 301; Schuster, Art. 32 Anm. 1.

(1024) Dieses fehlende Beherrschungsverhältnis hatte den Bundesrat auch dazu geführt, bei Immobilien- wie Wertpapieranlagefonds den Beizug einer Depotbank nicht vorzuschreiben, wenn die Fondsleitung bereits eine Bank war. Vgl. Botschaft, S. 290. S. a. o. S. 44 ff.

(1025) Botschaft, S. 301.

im Innenverhältnis - d. h. im Depotbankvertrag - so zu stellen hat, als ob die Immobiliengesellschafts-Aktiva unmittelbar zum Anlagefonds gehörten, ihr demgemäß vor allem die Aufbewahrung des Vermögens dieser abhängigen Gesellschaft zu übertragen hat.

Wollte man der Depotbank die Aufgabe zur Aufbewahrung des Vermögens einer zum Anlagefonds gehörenden Immobiliengesellschaft nur auf den Depotbankvertrag gründen, so wäre sie hierzu nur der Fondsleitung gegenüber gesellschaftsrechtlich verpflichtet, nicht aber auch den Anlegern aus dem Kollektivanlagevertrag. Dieses Ergebnis müßte befremden, da doch das Anlagefondsgesetz gerade auf die unmittelbaren Beziehungen des Anlegers zu beiden Fondsverwaltern abstellt. Während die Fondsleitung ihre dispositiven Verwaltungsaufgaben unabhängig von der rechtlichen Zugehörigkeit des Fondsvermögens auszuüben hat, gälte für die Depotbank die Aufbewahrungspflicht nur hinsichtlich des der Fondsleitung unmittelbar gehörenden Fondsvermögens. Dieses systemwidrige Ergebnis könnte nur über Art. 18 IV AFG revidiert werden.

Wenn Art. 18 IV AFG die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen des AFG über den Kollektivanlagevertrag auf die Depotbank stipuliert, verlangt das Gesetz damit eine Interpretation, die der Zielsetzung des Anlagefondsgesetzes Rechnung trägt. Die funktionale Aufgaben- und Arbeitsteilung, welche das AFG den beiden Fondsverwaltern überträgt, darf nicht beim Vermögen der zum Fonds gehörenden Immobiliengesellschaften durchbrochen sein, indem hier die Fondsleitung nach Art. 32 I AFG auch zur Veranlassung der ordnungsgemäßen Aufbewahrung den Anlegern gegenüber verpflichtet wäre. Art. 32 I AFG ist daher i. V. m. Art. 18 IV AFG so zu interpretieren, daß es auch für die Depotbank im Falle von zum Investmentfonds gehörenden Immobiliengesellschaften keinen Unterschied macht, ob sich die einzelnen Vermögenswerte im Gesellschaftsvermögen befinden oder unmittelbar zum Fonds gehören; in beiden Fällen ist sie den Anlegern gegenüber zur Aufbewahrung dieser Vermögenswerte verpflichtet, nur ist einmal allein Art. 18 I AFG Anspruchsgrundlage, zum anderen Mal Art. 18 I i. V. m. Art. 32 I, 18 IV AFG.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Pflicht der Depotbank zur Aufbewahrung auch des Vermögens einer Immobiliengesellschaft i. S. d. Art. 31 II lit. b AFG nicht nur ihre Pflicht gegenüber der Fondsleitung aus dem Depotbankvertrag ist, sondern auch gegenüber den Anlegern besteht, und zwar kraft Art. 32 I i. V. m. Art. 18 IV und Art. 18 I AFG.

Nächstes ist darauf einzugehen, ob sich die Art und Weise der Aufbewahrung der Vermögenswerte von derjenigen unterscheidet, die in den vorausgehenden Abschnitten behandelt ist. Dies könnte bei den Liegenschaften der Fall sein. Während die Vormerkung im Grundbuch bei zum eigentlichen Fonds gehörenden Grundstücken immerhin bewirkt, daß eine treuwidrige, gegen Art. 14 I AFG verstoßende Verfügung der Fondsleitung den Anlegern nicht zum Nachteil gereicht, (1026) ist dieser Vormerkungsschutz im Interesse der Anleger für den Fall, daß ein Grundstück in das Vermögen einer Immobiliengesellschaft gehört, nicht vorgesehen, so daß die Anleger gegebenenfalls - nämlich wenn die mit Art. 32 I AFG verpflicht-

(1026) S. o. S. 215 f.

tete Haftungsmasse der Fondsleitung nicht ausreicht - mit erheblichen Werteinbußen rechnen müssen. Es zeigt sich also, daß im Fall des mittelbaren Liegenschaftsbesitzes im Investmentgeschäft der Depotbank eine besondere Wachsamkeit zukommt. (1027) Andererseits läßt sich aber aus dem AFG nicht ableiten, daß hinsichtlich dieser Grundstücke ein strengerer Sorgfaltsmaßstab anzulegen wäre. Da die Depotbank im übrigen bei einer gesetz- oder vertragswidrigen Verfügung über ein solches Grundstück in der Regel im **Aussenverhältnis den Anlegern** gegenüber nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist, (1028) zeigt sich in ihrer über Art. 18 I AFG hinausgehenden Aufbewahrungspflicht keine besondere zusätzliche Belastung der Depotbank, wohl aber eine besondere Gefährdung der Anlegerinteressen.

e. Der Zeitpunkt der Inverwahrnahme des Investmentfonds

Der Investmentfonds ist keine einheitliche Vermögensmasse, die der Depotbank wie einem Hinterleger nach Art. 47 I OR anvertraut wird. Die Aufbewahrungspflicht der Depotbank aus Art. 18 I i. V. m. 13 I AFG bedeutet vielmehr, daß sie, sobald ein Gegenstand Bestandteil des Investmentfonds geworden ist, bzw. eine Beweisurkunde über einen Anlagewert vorliegt, diesen in Verwahrung zu nehmen hat. Die Depotbank hat die Fondswerte unverzüglich in Verwahrung zu nehmen. Dabei ist ein strenger Sorgfaltsmaßstab in dem Sinne anzulegen, daß die Depotbank nicht nur die ordnungsgemäße Aufbewahrung als solche unverzüglich herbeizuführen hat, sondern auch ohne schuldhaftes Zögern dafür sorgen muß, daß sie von allen Geschäftsvorfällen, bei denen die Fondsleitung für Rechnung der Anleger Vermögenswerte erwirbt, davon Kenntnis erlangt. Freilich ist im Einzelfall gemäß Art. 538 III i. V. m. 328 III OR darauf abzustellen, ob es der Depotbank unter Berücksichtigung ihrer Organisation und der bankgeschäftlichen Usancen zumutbar war, die objektiv erforderlichen Nachforschungen anzustellen. (1029) Entsprechendes gilt, wenn zum Anlagefonds eine Immobiliengesellschaft gehört, hinsichtlich deren Aktiva.

f. Verwaltungspflichten bei der Aufbewahrung des Investmentfonds

Die materiell-technische Verwaltung des Investmentfonds erschöpft sich nicht in der bloßen Aufbewahrung der Fondswerte bzw. den Vorkehrungen, über ihr Vorhandensein unterrichtet zu sein. Die Depotbank ist darüber hinaus mit gewissen ständigen Verwaltungsarbeiten hinsichtlich der Fondswerte befaßt.

- (1027) Wie schon oben auf S. 219. nachgewiesen, kann die Depotbank bei Immobilien ihrer Aufbewahrungspflicht nur über ihre Kontrollbefugnis nachkommen.
- (1028) Ein Mitverschulden der Depotbank, das sie der Fondsleitung regreßpflichtig machte, ist kaum denkbar, zumindest wird es selten nachweisbar sein. Entsprechendes gilt, wenn zum Anlagefond eine Immobiliengesellschaft gehört, hinsichtlich deren Aktiva.
- (1029) Damit ist der Schutz der Anleger aber keineswegs eingeschränkt. Denn der Informationspflicht der Depotbank entspricht die komplementäre Auskunftspflicht der Fondsleitung. S. dazu u. S. 237.

Aus Art. 12 I AFG ist nicht zu entnehmen, wie diese weiteren Verwaltungspflichten zwischen den Gesellschaftern der Beauftragtengesellschaft aufzuteilen sind. Es herrscht somit volle Vertragsfreiheit, wie dieserhalb die Geschäftsführungsbefugnis zugeteilt wird. Soweit jedoch Zahlungen geleistet werden, ist die Depotbank gemäß Art. 18 II AFG allein geschäftsführungsbefugt. Es bietet sich an, daß die Depotbank all die weiteren Verwaltungsarbeiten, welche mit Wertpapieranlagen im Zusammenhang stehen, in ihren Geschäftsbereich einbezieht, (1030) während die Fondsleitung, insbesondere, wenn es sich um einen Immobilienanlage- oder gemischten Fonds handelt, für die bankfremden Anlagen zuständig sein soll, sofern nicht Dritte, z. B. Immobiliengesellschaften, dazu von der Fondsleitung herangezogen werden.

g. Die Rechtsnatur der Aufbewahrungspflicht

Die Aufbewahrungspflicht der Depotbank ist innerhalb ihres Geschäftsbereiches eine selbständige Leistungspflicht aus dem Depotbankvertrag.

Es stellt sich die Frage, wie diese Aufbewahrungspflicht rechtlich zu qualifizieren ist. Man könnte - vor allem im Hinblick auf die Tatsache der bankdepotmäßigen Verwahrung der Wertpapiere im Fondsvermögen - daran denken, die Vorschriften über den Hinterlegungsvertrag - Art. 472 ff. OR - auf diese Geschäftsführungspflicht der Depotbank entsprechend anzuwenden. Dagegen sprechen indes verschiedene Gesichtspunkte. Im gewöhnlichen Bankdepotgeschäft handelt es sich um einen kombinierten Hinterlegungs-, Verwaltungs- und Girovertrag; (1031) im Rahmen des weiteren Wertpapiergeschäftes schließen sich kumulativ noch Kommissions- und Kaufverträge an. Soweit es sich aber um Hinterlegung handelt, erfordert Art. 472 OR, daß die aufzubewahrenden Gegenstände dem Aufbewahrer - der Depotbank - vom Hinterleger - der Fondsleitung - "anvertraut" werden; es genügt nicht, daß dem Aufbewahrer gemäß Art. 400 OR diese Gegenstände "zugekommen" sind oder daß es sich um kraft Art. 401 I OR "erworbene" Gegenstände handelt. (1032) Des weiteren wäre eine Hinterlegung nur hinsichtlich beweglicher Sachen möglich, (1033) nicht aber hinsichtlich Forderungen und Immobilien, welche die Depotbank gleichwohl gemäß Art. 18 I AFG "aufzubewahren" hat.

(1030) Insofern kann es bei den Bestimmungen der AGB der schweizerischen Banken bleiben, die sich darin zu den üblichen Verwaltungsdiensten des Depotgeschäftes bereit erklären.

(1031) Vgl. BGE 78 II 253 f.; Gautschi, Vorbem. vor Art. 472 N 4 b, c.

(1032) Vgl. Gautschi, Art. 472 N 2 a, d.

(1033) Diese Einschränkungen treffen alle modernen Rechtsordnungen. Bezüglich § 668 BGB vgl. o. S.

Auch wenn man wenigstens hinsichtlich der beweglichen Vermögenswerte, welche die Fondsleitung der Depotbank ordnungsgemäß anvertraute, einen Hinterlegungsvertrag i. S. d. Art. 472 OR annehmen wollte, müßte diese Qualifikation doch an folgender Überlegung scheitern: Ein spezielles **Rechtsverhältnis** geht in einem anderen auf, wenn sein voller Begriffsinhalt in diesem mitenthalten ist, der spezielle Vertragstypus also **implicit**, sozusagen als Nebenverpflichtung, im **umfangreicheren Rechtsverhältnis** aufgenommen ist. (1034)

In der Hauptsache beinhaltet die mit "Aufbewahrung des gesamten Fondsvermögens" in Art. 18 I AFG bezeichnete Leistungspflicht der Depotbank eine Tätigkeit, in welcher die Aufbewahrung der hinterlegungsfähigen Fondswerte mitenthalten ist, nämlich unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der Vermögenswerte, die Bestandteil des Investmentfonds werden, diese aufzubewahren oder sonst von ihrer Existenz zu Kontrollzwecken Kenntnis zu nehmen, so daß eine interessenwidrige Verfügung seitens der Fondsleitung, einer Immobiliengesellschaft, nicht ohne ihr Wissen erfolgen kann. Damit liegt eine eigenständige Pflicht des AFG zur Inverwahrnahme der Fondswerte vor. Sie ist Teil der Geschäftsführungspflichten der Depotbank. Es kommen daher, soweit nicht die Vorschriften des Auftragsrechtes vorgehen, die Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes zur Anwendung. (1035)

3. Die Ausgabe- und Rücknahme von Anteilscheinen

Art. 18 II 1. Altern. AFG teilt der Depotbank als zweite wesentliche Geschäftsführungsaufgabe bei der Verwaltung des Investmentfonds die "Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine" zu.

a. Die Ausgabe von Anteilscheinen

Die Depotbank ist gemäß Art. 8 I i. V. m. 18 II AFG verpflichtet, den Anlegern Anteilscheine über ihre Beteiligung am Investmentfonds auszuhändigen. Dabei darf sie nach Art. 20 III AFG die Anteilscheine jedoch erst dann **übergeben**, wenn sie "Barzahlung" erhalten hat.

Aufgrund dieser Vorschrift ist jeweils der volle Ausgabepreis zu zahlen, so dass ein Ratenzahlungssystem nur in der Weise möglich ist, daß Anteilscheine erst dann übertragen werden können, wenn der dem Ausgabepreis eines oder mehrerer Anteilscheine entsprechende Betrag angespart ist.

(1034) So handelt es sich bei fiduziarischen Vermögensverwaltungen nicht etwa um mit Verwaltungsverträgen verbundene Hinterlegungsverträge, sondern um einheitliche Verwaltungsaufträge, die sich Art. 394 II OR gemäß nach Auftragsrecht richten. Vgl. Gautschi, Vorbem. vor Art. 472 N 4 c; Art. 394 N 64 a; Art. 472 N 2 b.

(1035) Vgl. Art. 538 III OR; Art. 394 II OR; s. a. o. Fußn. 946.

Wenn das Gesetz in Art. 20 III AFG von Barzahlung oder in Art. 20 I, 8 I AFG von Einzahlung spricht, sind damit nicht nur Geldleitungen gemeint; alle Arten des baren und bargeldlosen Zahlungsverkehrs sind für die Begleichung des Ausgabepreises statthaft. Erforderlich ist nur, daß die Depotbank für die Fondsleitung und zugunsten des Investmentfonds den Ausgabebetrag übertragen erhält, (1036) damit sie die Übereignung des Anteilscheines vornehmen kann.

b. Die Rücknahme der Anteilscheine

Nach Art. 8 I, 18 II AFG hat die Depotbank die von den Anlegern zurückgegebenen Anteilscheine in das Fondsvermögen zurückzunehmen.

Art. 21 AFG bestimmt, daß der Anleger "den Kollektivanlagevertrag jederzeit widerrufen und gegen Rückgabe des Anteilscheines die Auszahlung seines Anteils am Anlagefonds in bar verlangen" kann. Nach Art. 21 II sowie Art. 36 AFG i. V. m. Art. 3 II AFV ist eine Hinausschiebung der Auszahlung möglich. (1037)

aa. Die Voraussetzungen der Rücknahme

Die Depotbank ist kraft Gesetzes zur Rücknahme der ihr zu diesem Zwecke angebotenen Anteilscheine verpflichtet. (1038) Voraussetzung ist zunächst der Widerruf des Kollektivanlagevertrages durch den Anleger.

Der Anleger kann seinen Kollektivanlagevertrag jederzeit widerrufen, jedoch hat er nur solange auch Anspruch auf Rücknahme seines Anteilscheines durch die Depotbank, (1039) wie der Anlagefonds nicht von den Fondsverwaltern gekündigt oder in Auflösung begriffen ist - Art. 29 I AFG - oder solange die Auflösung des Anlagefonds infolge

(1036) Es muß sich bei der Bezahlung der Anteilscheine um eine echte Zahlung handeln; eine Entrichtung des Ausgabepreises durch Lieferung von Gegenständen, die auf der Anlageliste des betreffenden Fonds stehen, wobei dann der entsprechende Börsen- oder Verkehrswert in Rechnung gestellt wird, ist nach Art. 3 I AFV unzulässig. Dieses Verbot der Leistung des Ausgabepreises durch Sacheinlagen ist durch die Formulierung "weder direkt noch indirekt" weit gefaßt und soll alle Formen treffen, die wirtschaftlich als "Anteilscheine gegen Sacheinlage" bezeichnet werden müssen.

Entscheidender Zeitpunkt ist jener Augenblick, in dem die Leistung des Anlegers in den Herrschaftsbereich der Depotbank gelangt. Vgl. dazu o. Fußn. 490.

(1037) S. u. S. 325 f.

(1038) Anders das KAGG. S. o. S. 95.

(1039) Der Anspruch wird mit Kündigung des Investmentvertrages fällig, arg. Art. 21 I AFG.

eines Antrages auf Auflösung seitens der Fondsverwalter oder infolge des Verlustes der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit nicht abgewendet ist (Art. 29 II AFG). Bei Abwendung der Auflösung wird der bis dahin ruhende Anspruch des Anlegers auf Rücknahme seines Anteilscheines im gleichen Augenblick wieder durchsetzbar. Die Rückgabe des Anteilscheines erfolgt durch Übertragung dieses Wertpapiers - Art. 20 II AFG - auf die Fondsleitung durch Besitzeinräumung bei der Depotbank, (1040)

bb. Die Wirkung der Rücknahme

Die Rücknahme eines Anteilscheines durch die Depotbank bewirkt, daß sie für die Fondsleitung Besitzer des Anteilscheines wird, daß die darin verbrieften Beteiligungsrechte untergehen und daß dem Anleger nunmehr ein obligatorischer Anspruch auf Auszahlung seines Anteiles am Investmentfonds zusteht. (1041)

Die Auszahlungsobligation der Beauftragtengesellschaft ist zwar durch die Rücknahme bedingt, ihre Fälligkeit ist aber von der Kündigung des Investmentvertrages durch den Anleger bzw. von der Auflösung des Fonds sowie von den anwendbaren Auszahlungsfristen abhängig.

cc. Die Fälligkeit des Auszahlungsanspruches

Im Falle der Kündigung des Kollektivanlagevertrages durch den Anleger kann dieser nach Rückgabe des Anteilscheines grundsätzlich die unverzügliche Auszahlung seines Anteils durch die Depotbank verlangen. (1042) Indes wird die Fälligkeit des Auszahlungsanspruches kraft Art. 21 II AFG dann hinausgeschoben, wenn "der Anlagefonds nicht die für die Auszahlung benötigten flüssigen Mittel" enthält. Die Fondsleitung hat in diesem Fall zur Beschaffung der erforderlichen Liquidität "gleich" Anlagen des Fonds zu verwerten. Damit ist der Auszahlungsanspruch erst nach erfolgreicher Liquiditätsbeschaffung fällig.

(1040) Vgl. dazu o.S. 96.

(1041) Auch wenn der Anleger regelmäßige Berichterstattung über die Rückgabe eines Anteilscheines ausgehändigt erhält, handelt es sich dabei nur um eine Beweisurkunde.

(1042) Art. 20 I i. V. m. 18 IV AFG.

Handelt es sich hingegen um einen Immobilieninvestmentfonds oder um einen gemischten Fonds, so gestattet Art. 36 AFG der Fondsverwaltung zur Verwertung von Grundstücken zwecks Liquiditätsbeschaffung zu Auszahlungen von zurückgenommenen Anteilscheinen eine Frist von 12 Monaten, die jedoch im Fondsreglement verkürzt oder auf bis zu 24 Monaten verlängert werden kann.(1043) Allerdings relativiert Art. 3 II AFV diese **Befristung**, indem die Fondsleitung eines Immobilienanlagefonds die nach Art. 36 AFG festgelegte Frist auch in Anspruch nehmen kann, wenn "die flüssigen Mittel innerhalb der nächsten 12 Monate für die richtige Verwaltung des Anlagefonds (z. B. Reparaturen, Fortsetzung angefangene Bauten, normale Ertragsausschüttungen) benötigt werden."

Der Anleger hat somit ein von der Geschäftsführung der Fondsverwaltung unabhängiges **Recht** auf unverzüglichke Auszahlung seines Anteils am Investmentfonds. Jedoch ist die Fälligkeit seines Auszahlungsanspruches an die Geschäftsführung der Fondsleitung geknüpft: die Fondsleitung kommt gemäß der Präzisierung ihrer Geschäftsführungspflicht hinsichtlich der Haltung **ausreichender liquider Mittel** in Art. 21 II bzw. Art. 36 AFG nämlich erst in Verzug, wenn sie erforderlichenfalls entweder nicht die Wertpapieranlagen sofort verflüssigt oder aber Grundstücke in der besonderen Frist des Art. 36 AFG nicht verwertet hat. Dabei ist die Frist des Art. 36 AFG eine widdrlegbare gesetzliche Vermutung dafür, daß die Fondsleitung bis zum Beweis des Gegenteils bei Wahrung dieser Frist nicht in Verzug geraten ist. So ist auch Art. 3 II AFV nur als Präzisierung dieser gesetzlichen Vermutung zu verstehen; er stellt der Fondsleitung keinesfalls einen Freibrief für unsorgfältige Geschäftsführung im Bereich der Liquiditätsvorsorge aus.(1044) Damit ist die Fälligkeit des Auszahlungsanspruches nicht von vornherein vom seinen Anteilschein zurückgebenden Anleger voraussehbar, sondern sie ist in das Ermessen der Fondsleitung gestellt, wobei jedoch Art. 21 II bzw. Art. 36 AFG i. V. m. Art. 3 II AFV die **Grenzen** für den **Verzug** der Fondsleitung setzen.

Die Frist für die Festsetzung der Fälligkeit der Auszahlung der zurückgegebenen Anteilscheine kann jedoch, wenn "außerordentliche Verhältnisse vorliegen", von der Aufsichtsbehörde einmal oder mehrfach begrenzt gemäß Art. 21 IV AFG hinausgeschoben werden.

Der Frist für die **Beschaffung** der benötigten flüssigen Mittel bei Fortbestand des Investmentfonds entspricht die Pflicht zur Liquidierung des gesamten Anlagefonds im Falle der Auflösung des Fonds (Art. 30 I AFG); sie hat aus dem Rechtsgedanken des Art. 14 I AFG unverzüglich zu geschehen. Entsprechend bemißt sich auch die Festsetzung der Fälligkeit des Auszahlungsanspruches durch die Fondsleitung nach Art. 30 II AFG. (1045)

(1043) Bei gemischten Anlagefonds hat die Fondsleitung jedoch zunächst die Pflicht, gemäß Art. 21 II AFG sofort die Wertpapiere oder sonstige Nichtimmobilienwerte zu verwerten, bevor sie sich im Falle der Verwertung von Grundstücken auf die verlängerte Frist des Art. 36 AFG berufen kann.

(1044) Vgl. dazu Hirsch, a. a. O., S. 13 f.

(1045) Zur Frage von Teilausschüttungen vgl. o. S. 134 ff.

c. Erwerb durch die Fondsleitung oder Depotbank statt Rücknahme

Die Fondsleitung darf nach Art. 4 II AFG die vorgeschriebenen eigenen Mittel (1046) nicht in Anteilscheinen anlegen, die sie selber ausgegeben hat. **Folglich ist es ihr** im übrigen unbenommen, Anteilscheine an von ihr verwalteten Fonds für eigene Rechnung zu erwerben; sie darf also ihr eigenes Vermögen an ihrer für Rechnung der Anleger durchgeführten Verwaltungstätigkeit mitpartizipieren lassen. (1047)

Die Depotbank ist von Art. 4 II weder direkt noch über Art. 18 IV AFG analog betroffen. Sie kann daher wie jeder andere Kapitalanleger ihre eigenen Mittel unbegrenzt in Anteilscheinen anlegen, die auf dem Markt angeboten werden.

Erforderlich für den Eigenerwerb von durch die Anleger angebotenen Anteilscheinen ist aber, daß die Anleger nicht aufgrund einer Kündigung i. S. d. Art. 21 I AFG ihre Anteilscheine zurückgeben, wonach sie zu Lasten des Anlagefonds zurückgenommen werden müssen, sondern daß sie die Anteilscheine zum Kauf anbieten. (1048)

4. Die Durchführung des Zahlungsverkehrs für den Anlagefonds

Die Depotbank hat hinsichtlich des gesamten mit dem Anlagefonds in Zusammenhang stehenden Zahlungsverkehrs die **ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis**. Dabei fragt es sich, was das Gesetz in Art. 18 II AFG mit dem "ganzen Zahlungsverkehr für den Anlagefonds" meint.

a. Der Umfang des depotbankpflichtigen Zahlungsverkehrs

Zu den Zahlungen für den Anlagefonds gehören unstreitig alle Zahlungen, welche die Fondsleitung im eigenen Namen und für Rechnung der Anleger leistet oder die an sie aus Kollektivanlageverträgen oder Anlagegeschäften für Rechnung der Anleger geleistet werden. Die Depotbank hat kraft ihrer Geschäftsführungsbefugnis dafür zu sorgen, daß alle diese Zahlungen über die für den Anlagefonds eingerichteten Konten geleitet werden.

Fraglich ist, ob die Depotbank auch den gesamten Zahlungsverkehr der zum Anlagefonds gehörenden Immobiliengesellschaften zu besorgen hat. Denn die Immobiliengesellschaften handeln als juristische Person im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Auch werden die Vermögensinteressen der Anleger durch die Verantwortlichkeit der Fondsleitung nach Art. 32 AFG für die Einhaltung von Gesetz und Fondsreglement durch die Organe der Immobiliengesellschaften gewährleistet. Diese Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung der Immobiliengesellschaft besagt aber, daß die Fondsleitung als beherrschendes Unternehmen - Art. 32 II lit. b AFG - auf die rechtlich selbständige Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens so einzuwirken hat, als ob sie selbst

(1046) Art. 4 I, III AFG i. V. m. Art. 7 f. AFG.

(1047) Anders aber die hier abgelehnte h. M. zum KAGG, vgl. o. S. 99.

(1048) Vgl. o. S. 99 ff.

die Geschäfte der Immobiliengesellschaft für Rechnung der Anleger durchführte. Da Art. 18 II AFG alle Zahlungen, die mit dem Investmentfonds in Zusammenhang stehen, zwecks Vermeidung von Veruntreuungen über die Depotbank geleistet wissen will, muß diese Vorschrift so ausgelegt werden, daß auch der Zahlungsverkehr, den die Fondsleitung mittelbar über eine Immobiliengesellschaft vornehmen läßt, über die Depotbank durchzuführen ist. (1049)

Der Zahlungsverkehr für den Anlagefonds, der von der Depotbank durchzuführen ist, betrifft demgemäß folgende Vorgänge:

- Einzahlungen der Anleger,
- Gewinnausschüttungen an die Anleger (1050)
- Auszahlung der Anleger
- Kaufpreis für Anlagewerte
- Vorschüsse und Vergütungen an Immobiliengesellschaften
- Hypothekaranlagen
- Erträge aus Anlagewerten (1051)
- Nachzahlungen aus Anlagen (1052)
- Aufwendungen für die Anlagenverwaltung (1053)
- Vergütungen und Aufwendungsersatz an Fondsleitung, Depotbank und Immobiliengesellschaften (1054)

Dabei hat die Depotbank diese Zahlungen getrennt zu verbuchen, je nachdem, ob der Anweisende oder Begünstigte der Zahlung die Fondsleitung oder eine Immobilien-gesellschaft ist.

b. Die Zahlung von Vergütung und Aufwendungsersatz an die Fondsleitung und die Depotbank

Das schweizerische Investmentgesetz ist in Bezug auf die Kostenbelastung des Investmentgeschäftes klarer als das deutsche Gesetz. (1055)

Art. 16 i. V. m. 18 IV AFG bestimmt, daß Fondsleitung und Depotbank aus Mitteln des Anlagefonds die im Fondsreglement vorgesehenen Vergütungen sowie denjenigen Aufwendungsersatz - in Form von Ersatz gemachter Aufwendungen, Vorschuß für erwartete Aufwendungen oder Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten - verlangen können, der die richtige Ausführung des Kollektivanlagevertrages betrifft. Diese Abgrenzung des Aufwendungsersatzes entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Auftragsrechtes. (1056)

(1049) Gl. A. Hirsch, a. a. O., S. 12.

(1050) Vgl. Art. 11 II lit. d AFG, 12 AFV.

(1051) Vgl. Art. 15 lit. b, 16 lit. b AFV.

(1052) Art. 7 III AFG.

(1053) Vgl. Art. 15 lit. b, 16 lit. b AFV.

(1054) Vgl. Art. 32 II AFG, 11 II, 13 AFV.

(1055) S. o. S. 230 f.

(1056) Vgl. Art. 402 I OR i. V. m. Art. 394 III OR.

Alsdann verlangt Art. 11 II AFV, daß die mit der Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen in Zusammenhang stehenden Kosten sowie die sonstigen Kosten, welche den Anlegern dabei in Rechnung gestellt werden dürfen, im Fondsreglement anzugeben sind, wobei diejenigen Kosten, welche als Vergütungs- oder Aufwendungsersatz an die Fondsverwalter gehen, gemäß Art. 13 I AFG in denselben Artikel des Fondsreglements aufzunehmen sind, und zwar unter Angabe von Sachbezeichnung und Bemessungsgrundlage.

Damit ermöglicht Art. 11 II AFV den Anlegern, bei den Kosten, welche sie anlässlich Ausgabe und Rücknahme ihrer Anteilscheine für die Verwaltung des Investmentfonds aufzubringen haben, (1057) **zwischen jenen Kosten, die als Vergütung an die Fondsverwaltung gehen, (1058) und den allgemeinen oder sonstigen Kosten zu unterscheiden (1059)**

Weniger klar bleibt dem Anleger indes die Kostenbelastung der Fondsverwaltung, welche über Art. 16 AFG unmittelbar vom Investmentfonds getragen wird. Denn so eindeutig der Grundsatz des Aufwendungsersatzes ist, (899) **desto unvorausehbar sind die auf die Fondsverwaltung zukommenden Aufwendungen. (1060)**

(1057) Abgesehen von den Auf- bzw. Abschlägen bei der Ausgabe bzw. Rücknahme der Anteilscheine haften die Anleger gemäß Art. 16 II AFG nicht persönlich, sondern mit dem für Rechnung des Anlegerkollektivs verwalteten Anlagefonds. Vgl. a. § 9 III KAGG.

(1058) Vgl. a. Art. 32 II AFG.

(1059) Das AFG hat durch diese Publizitätspflicht einen Weg zum Leistungswettbewerb durch Kostensenkung eröffnet. Vgl. zur entsprechenden Absicht des KAGG o.S. 114 f.

Was die unmittelbare Kostenbelastung des Investmentfonds anlangt, stipuliert Art. 15 lit. b Nr. 15 AFV die pauschale Veröffentlichung aller Aufwendungen der Fondsverwaltung, die nicht reglementarische Vergütungen an Fondsleitung und Depotbank sowie Abschreibungen auf Bergwerksaktien sind.

(1060) Es muß auch noch angemerkt werden, daß der Rechtsbegriff der notwendigen Aufwendungen in Zusammenhang mit der Fondsverwaltung durch die Rechtsprechung ausgeweitet werden kann. So hat das Handelsgericht des Kantons Zürich der gegenüber einem Anleger unterlegenen Fondsleitung des INTER-SWISS - Immobilienfonds, der AGEMIT AG, Zürich, gestattet, die Prozeßkosten zu Lasten des Fondsvermögens zu erstatten. Dennoch erscheint dieses Urteil schwerlich mit den Grundsätzen des Art. 16 I AFG vereinbar. Vgl. zu dem Urteil des Handelsgerichtes Zürich "Die Interswiss-Urteilsbegründung" u. W., Nr. 50 v. 10.6.1968, S. 3.

c. Die Verfügungsbefugnis der Fondsleitung und das Retentionsrecht der Depotbank

Wenn die Depotbank gemäß Art. 18 II AFG den ganzen Zahlungsverkehr des Investmentfonds zu besorgen hat, so könnte man annehmen, daß sie auch ihr Retentionsrecht, und zwar durch Verrechnung, ausüben kann. Indes besitzt sie nicht die absolute Verfügungsbefugnis über die Zahlungsmittel des Investmentfonds, (1061) diese steht vielmehr der Fondsleitung gemäß Art. 12 I AFG zu. (1062)

Damit wäre die Depotbank bezüglich ihrer eigenen Ansprüche aus Art. 16 I, 18 IV AFG darauf angewiesen, daß die Fondsleitung die ihr vertragsmäßig zustehenden Beträge an sie überträgt, es sei denn, die Depotbank besäße hinsichtlich dieser Ansprüche ein Retentionsrecht. Denn im Auftragsrecht besteht das sogenannte Verrechnungsprinzip, wonach der Beauftragte seine Auslagen und Verwendungen sowie seinen Vergütungsanspruch verrechnen darf und demgemäß nur den Nettobetrag abzuliefern hat. (1063) Entsprechend könnte die Depotbank gegenüber den Anlegern verrechnen, indem sie aus dem Haftungssubstrat, (1064) das sie gemäß Art. 18 I AFG aufbewahrt, die ihr zustehenden Beträge entnimmt. Es fragt sich aber, ob die Geschäftsführungsbefugnis der Fondsleitung hinsichtlich der Verfügungen über den Investmentfonds dem nicht entgegensteht. (1065)

Für die Innengesellschaft sind die Artikel 394 III, 402 I OR durch die Artikel 533, 537 OR ersetzt. (1066) Danach sind Vergütung und Aufwendungsersatz eine Sozialverpflichtung der Gesellschafter, also eine Gesellschaftsschuld. Die Depotbank kann ihre Ansprüche als nur gegen den insoweit geschäftsführenden Gesellschafter geltend machen. (1067) Da allein die Fondsleitung über den Anlagefonds Verfügungsbefugnis ist, ist die Depotbank demgemäß nicht befugt, aus eigenem Recht sich die ihr zustehenden Beträge aus dem Fondsvermögen zu übertragen. Denn Sinn und Zweck der arbeitsteiligen Fondsverwaltung ist gerade, daß jeder Fondsverwalter nur unter entweder tatsächlicher oder rechtlicher Mitwirkung des anderen über die Vermögenswerte des Investmentfonds verfügen darf. Dies gilt auch in Bezug auf die Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche, die aus dem Investmentfonds zu erfüllen sind. Das bedeutet, daß die Depotbank ihre Ansprüche gegen die Fondsleitung geltend zu machen hat, welche ihr

(1061) Vgl. dazu o. S.

(1062) Indes ist es bei Haltung flüssiger Mittel des Investmentfonds bei anderen Banken oder einem Postscheckamt möglich, daß die Depotbank gemeinsam mit der Fondsleitung Verfügungsbefugnis ist. S. dazu o. S. 216 f.

(1063) Vgl. Gautschi, Art. 425 N 11 f.

(1064) Vgl. Art. 394 III, 402 I OR i. V. m. Art. 16 I, 18 IV AFG u. Art. 16 II AFG.

(1065) Aufgrund Art. 20 lit. a u. b AFV könnte man der Ansicht sein, daß der Bundesrat diese Frage dadurch vorentschieden hat, daß er in der Buchführung im Zusammenhang mit dem Anteilscheinverkehr die Aufführung von Nettoposten hinsichtlich der den Anlagefonds betreffenden Beträge vorgeschrieben hat. Diese Buchführungsvorschriften können aber nicht für die rechtliche Würdigung der Frage, ob die Depotbank ein Retentionsrecht hat, herangezogen werden.

(1066) Vgl. Siegart, Art. 540 N 3; Becker, Art. 537 N 2, 4.

(1067) Vgl. Siegart, Art. 537 N 13; 533 N 18.

dann entweder die ihr zustehenden Beträge aus einem Fondskonto überträgt oder aber der Depotbank gestattet (1068) diese Beträge eigenmächtig aus dem Investmentfonds zu entnehmen. (1069)

In der Praxis des schweizerischen Investmentgeschäftes ist es hingegen üblich, daß die Depotbank der Fondsleitung bezüglich des Investmentfonds Nettoabrechnungen erteilt, deren widerspruchloses Entgegennehmen durch die Fondsleitung nach den AGB der Depotbank als Genehmigung der Verrechnung durch Stillschweigen zu werten ist. (1070) Allein diese Praxis ändert nichts an der rechtlichen Qualifikation der Ansprüche der **Depotbank** aus Art. 16 i. V. m. 18 IV AFG.

5. Die Beteiligung bei der Abwicklung der Anlagegeschäfte

Von Gesetzes wegen ist die Depotbank an der Abwicklung der eigentlichen Anlagegeschäfte über die Durchführung des Zahlungsverkehrs und ihre Pflicht zur Inverwahrnahme der **Anlagegegenstände** hinaus nicht geschäftsführungsbefugt.

Im Gegensatz zum KAGG enthält das AFG namentlich keine besondere arbeitsteilige Zuständigkeitsregelung der Fondsverwalter, soweit bei der Ausführung der Anlageentscheide der Zahlungsverkehr nicht betroffen ist. (1071) Damit ist der Schutz der Anleger aber nicht geringer. Denn die Depotbank ist aufgrund ihrer Aufbewahrungspflicht sowie ihrer Pflicht zur Durchführung des Zahlungsverkehrs regelmäßig ausreichend informiert, um ihrer Kontrollpflicht nachkommen zu können.

(1068) Diese Genehmigung wird in der Regel schon im Depotbankvertrag enthalten sein. Sie kann aber, namentlich bei den Aufwendungen - z. B. in Zusammenhang mit der Durchführung einzelner Anlagegeschäfte -, auch jeweils mit der Auftragserteilung ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden.

(1069) Siegewitz gesteht zwar in Art. 533 N 18 dem einzelnen Gesellschafter für den hier vorliegenden Fall, daß die Ansprüche der Depotbank in einer teilbaren Forderung gegen einen Dritten (die Anleger) bestehen, zu, dass dann die Depotbank diese Teilforderung direkt durch Verrechnung verwirklichen kann, er setzt aber voraus, daß unter den Gesellschaftern diesbezüglich keine Meinungsverschiedenheit herrscht. Es bleibt also beim Zustimmungserfordernis seitens der Fondsleitung.

(1070) Entsprechende Klauseln enthalten die AGB aller derzeitigen schweizerischen Depotbanken.

(1071) Vgl. aber Art. 16 I 2. Altern. AFG, wonach die Fondsleitung von der Depotbank Befreiung von den für Rechnung der Anleger eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen kann. Das bedeutet, daß die Fondsleitung im einzelnen z. B. bestimmen kann, wie verkaufte Wertpapiere zu liefern oder Anteilscheine auszugeben sind; die Depotbank hat diesbezüglich keine Geschäftsführungsbefugnis.

Vgl. auch § 11 III, IV KAGG, sowie o. S. 103 ff.

In der Praxis des Investmentgeschäftes zieht die Fondsleitung die Depotbank jedoch im weiteren Umfang zur Fondsverwaltung heran. Denn da die Depotbank gemäß Art. 18 I AFG das gesamte Fondsvermögen aufzubewahren hat, ist es einleuchtend, daß sich die Depotbank nicht nur um die Inverwahrnahme der neuerworbenen Anlagewerte kümmert, sondern daß ihr entweder im Depotbankvertrag oder auch im Einzelfall durch die Fondsleitung aufgetragen wird, sich bei Abgängen von Fondswerten an der Abwicklung zu beteiligen. Bei beweglichen Sachen, welche die Depotbank im Rechtssinne aufbewahrt, kann sie also beauftragt werden, diese Werte zu liefern; handelt es sich um sonstige Fondswerte, die nicht bewegliche Sachen sind und wo der Aufbewahrungspflicht also z. B. durch Sperren des betreffenden Kontos oder durch gemeinschaftliche Zeichnungsbefugnis entsprochen wurde, so hat die Depotbank auch bei den Verfügungen über diese Gegenstände mitzuwirken. Namentlich im Wertpapieranlagegeschäft beauftragt die Fondsleitung die Depotbank regelmässig mit der Ausführung ihrer Anlagedispositionen. Dabei wird die Depotbank dann Kommissionär nach Art. 425 ff. OR oder - bei Ausübung des Selbsteintrittsrechtes nach Art. 426 OR - Kaufvertragspartner der Fondsleitung. (1072)

6. Buchführungspflichten

Die Depotbank hat nach den allgemeinen Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung und der bankgeschäftlichen Usancen über den Anlagefonds Buch zu führen, (1073) soweit sie ihn aufbewahrt oder mit der Abwicklung von Anlagegeschäften betraut wird. (1074)

Insoweit bedeutet das Investmentgeschäft für die Bank, welche die Funktion der Depotbank übernimmt, und für ihre bankgeschäftliche Organisation nichts Neues; indes hat sie für den Fall, daß der neue Aufgabenbereich mit der bestehenden Organisation nicht ordnungsgemäß zu bewältigen ist, diese an den neuen Geschäftszweig anzupassen. (1075)

Eine wesentliche Erweiterung der Buchführungspflicht legt Art. 20 AFV der Depotbank auf. Nach dieser Vorschrift hat die Depotbank ein Anteilscheinbuch, auch Anteilscheinskonto genannt, zu führen, wonach sich der Anteilscheinverkehr kontrollieren läßt. Das Anteilscheinbuch enthält namentlich eine besondere Fortschreibung der Beträge, welche als "Spesen und Abgaben" an die Fondsverwalter gehen, sowie der dem Anlagefonds zufließenden Beträge bzw. der Nettoauszahlungen an die Anle

(1072) Vgl. Gautschi, Vorbem. vor Art. 425 N 9 c.

(1073) Vgl. Art. 958-964 OR und die AGB der Banken.

(1074) Im übrigen obliegt die Buchführung über den Investmentfonds der Fondsleitung. Vgl. dazu die ausführlichen Vorschriften Art. 14 ff. AFV.

(1075) Vgl. Art. 3 I BankenG.

Diese Buchführungspflicht ist in der Tat unerlässlich, damit die Depotbank ihre Kontrollpflicht wahrnehmen kann. (1076)

7. Die Unterzeichnung der Anteilscheine

Nach Art. 20 IV AFG gehört weiterhin in den Geschäftsbereich der Depotbank, die zum Umlauf bestimmten Anteilscheine zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung kann - wie bei sonstigen Wertpapieren - kraft Art. 14 II OR auf mechanischem Wege durch Faksimile erfolgen. (1077)

Da die Anteilscheine das Fondsreglement vollständig enthalten müssen, welches die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien des Kollektivanlagevertrages gemäß Art. 11 AFG wiedergibt, bedeutet die Unterzeichnung der Anteilscheine zugleich die Annahmeerklärung der Depotbank den Anlegern gegenüber. (1078)

8. Die Auskunftserteilung

Die Depotbank ist aufgrund ihres Depotbankvertrages der Fondsleitung zur Auskunft gemäß Art. 541 OR verpflichtet. Die Fondsleitung besitzt demgemäß ein allgemeines Informationsrecht hinsichtlich aller mit der Verwaltung des Investmentfonds in Zusammenhang stehenden Geschäftsvorfälle, bezüglich derer die Depotbank allein oder mit-geschäftsführungsbefugt ist.

Dazu kann die Fondsleitung bei ihrem Mitgesellschafter gegebenenfalls die Bücher und Belege einsehen sowie besondere Auskünfte verlangen, welche über den Rahmen der üblichen bankgeschäftlichen Abrechnungen hinausgehen. (1079)

Soweit die Depotbank aber nicht aufgrund ihrer Geschäftsführungsbefugnis, sondern im Auftrag der Fondsleitung - z. B. als Kommissionär - tätig ist, kommen die Einschränkungen der AGB gegenüber Art. 400 I OR zum Tragen, was die Rechenschafts-ablage der Depotbank anlangt.

9. Die Beratung der Fondsleitung

Es fragt sich, ob die Depotbank, abgesehen von ihrer Auskunftspflicht, auch noch eine sogenannte Beratungspflicht gegenüber der Fondsleitung im Hinblick auf die Geschäftspolitik hat.

Sofern die Depotbank von der Fondsleitung über den vom Gesetz umgeschriebenen Rahmen des Depotbankvertrages hinaus mit der Abwicklung von Anlagedispositionen

(1076) Vgl. den Randtitel zu Art. 20 AFG: "Anteilscheinkontrolle." S.dazu.S. 240.

(1077) Vgl. Becker, Art. 13-15 N 7.

(1078) Vgl. zur anderen Bedeutung der Unterzeichnung im KAGG o.S. 110.

(1079) Vgl. Siegwart, Art. 541 N 4.

beauftragt wird, hat sie dieser gegenüber die Sorgfaltspflicht, auf Anfrage bezüglich der zu treffenden Anlageentscheide zu beraten oder auf einen der Fondsleitung offensichtlich unbekannten zu erwartenden Schaden hinzuweisen. (1080) Diese Beratungspflicht entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Bankverkehrs. (1081) Andererseits ergibt sich aus Art. 16 I i. V. m. 18 IV AFG, auch aus Art. 14 I AFG, daß die Depotbank im Bereich ihrer Geschäftsführungsbefugnis, nämlich bei der Befreiung der Fondsleitung von für Rechnung der Anleger eingegangenen Verbindlichkeiten oder bei Aufwendungsersatz, in Fällen unrichtiger Ausführung des Kollektivanlagevertrages gegebenenfalls nicht nur die Zahlung oder die Lieferung für den **Erwerb "schlechter" Anlagen** oder für die Veräußerung bestgeeigneter Anlagen zu verweigern hat, sondern daß sie schon vorher ihre Bedenken gegen die betreffende Anlagedisposition geltend machen muß. (1082) Damit geht diese Beratungspflicht der Depotbank weiter als diejenige, welche sie - eingeschränkt durch die bankgeschäftlichen Usancen - gegenüber gewöhnlichen Bankkunden zu beachten hat. (1083)

B. Die Kontrolle der Fondsleitung

Zweiter Aufgabenbereich der Depotbank im schweizerischen Investmentgeschäft ist die Kontrolle der Fondsleitung. Die Depotbank ist verpflichtet, die Fondsleitung für Rechnung der Anleger bei der Verwaltung des Anlagefonds zu überwachen. (1084) Die Überwachung der Fondsleitung beruht auf einer vierfachen Grundlage:

- Anlagefondsgesetz (1085)
- Fondsreglement (1086)
- Gesellschaftsrecht (1087)
- Auftragsrecht (1088)

Nachfolgend ist die Kontrollaufgabe der Depotbank unter dem Aspekt des Depotbankvertrages zu untersuchen.

- (1080) Die Informationspflicht entsteht latent bereits im Zeitpunkt der Beauftragung und muß jedesmal dann erfüllt werden, wenn die auf den konkreten Erfolg der Auftragsausführung gerichtete Sorgfalt eine Information und Beratung zur Wahrung des Auftraggeberinteresses, insbes. zur Abwendung oder Verminderung eines Schadens, gebietet. Vgl. Gautschi, Art. 400 N 23 c.
- (1081) Vgl. dazu o. S. 63.
- (1082) Vgl. Gautschi, Art. 400 N 23 c. Zur Kontrollaufgabe s. u. S. 236 ff., 262 f.
- (1083) Die Beratungspflicht ist damit im Ergebnis ebenso umfassend wie die der deutschen Depotbank. Vgl. o. S. 120 f.
- (1084) Art. 18 III AFG, arg. a maiore ad minus.
- (1085) Vgl. Art. 18 I AFG, 20 AFV.
- (1086) Vgl. Art. 18 II AFG.
- (1087) Art. 530 ff., insbes. 535, 541 OR.
- (1088) Art. 394 ff., insbes. 396 I, II OR.

1. Der Inhalt der Kontrollbefugnis

Das AFG hat der Depotbank in Art. 18 I AFG auferlegt, "dafür zu sorgen, daß nach Gesetz und Fondsreglement unzulässige Anlagen unterbleiben." Der Bundesrat hat die Kontrollpflicht der Depotbank sodann erweitert, indem er in Art. 20 AFV gestützt auf Art. 11 II lit. a, III AFG, auch noch die Anteilscheinkontrolle einbezogen hat. Weitere Kontrollpflichten der Depotbank bestehen von Gesetzes wegen nicht, sie können der Depotbank gemäß Art. 18 III AFG doch im Fondsreglement aufgetragen werden.

Die in Art. 18 AFG angesprochenen Kontrollaufgaben der Depotbank sind **Pflichten** aus den Kollektivanlageverträgen den Anlegern gegenüber. (1089)

Sie stehen in Zusammenhang mit der auftragsrechtlichen Struktur der Beauftragtengesellschaft. Dadurch werden sie zwar nicht Pflicht der Depotbank ihrer Mitgesellschafterin Fondsleitung gegenüber, (1090) wohl aber prägen sie den Inhalt der Kontrollbefugnis der Depotbank kraft ihres Depotbankvertrages, die ein gesellschaftsrechtliches Verwaltungsrecht der Depotbank ist: die Befugnis, die Fondsleitung als den anderen geschäftsführenden Gesellschafter der Beauftragtengesellschaft auf seine Geschäftstätigkeit im Gesellschaftsbereich hin zu überwachen.

So kann sich die Depotbank nach Art. 541 OR "persönlich von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten unterrichten, von den Geschäftsbüchern und Papieren der Gesellschaft Einsicht ... nehmen und für sich eine Übersicht über den Stand des... Vermögens (Fondsvermögens) an (...) fertigen."

Art. 541 OR gewährt der Depotbank kein Recht zu positiver Anordnung eines bestimmten Vorgehens, (1091) indes billigt Art. 535 OR der Depotbank mit dem Widerspruchsrecht innerhalb ihres Geschäftsführungsbereiches (1092) zu, der Fondsleitung in dem Teilbereich, in welchem sie mitgeschäftsführungsbefugt ist, die Vornahme einer bestimmten Handlung zu untersagen bzw. die Rückgängigmachung einer schon begonnenen Ausführung zu verlangen. (1093)

Unter dem gesellschaftsrechtlichen Aspekt erscheint die Kontrolle der Fondsleitung somit als ein Schutzinstrument der Depotbank zur Wahrung der eigenen gesellschaftlichen Interessen. Diese sind wegen der auftragsrechtlichen Struktur der Beauftragtengemeinschaft auch auf die Erfüllung der Kontrollpflicht den Anlegern gegenüber gerichtet - womit der Bogen zum auftragsrechtlichen Aspekt der Kontrollaufgabe der Depotbank geschlossen ist.

(1089) S. dazu u. §. 362 f.

(1090) Dazu müßte nämlich die Kontrollaufgabe nicht nur Verwaltungsrecht, sondern auch Geschäftsführungspflicht der Depotbank sein. Zu einer solchen Interpretation des Depotbankvertrages, die überdies daraus einen recht atypischen Vertrag gestaltete, ist aber dem AFG nichts zu entnehmen.

(1091) Vgl. dazu Siegwart, Art. 11 N 2.

(1092) Vgl. Becker, Art. 535 N 10.

(1093) Vgl. Siegwart, Art. 535 N 10.

2. Der Umfang der Kontrollbefugnis

Die Depotbank kann von der Fondsleitung jegliche Auskunft verlangen, die geeignet ist, ihre Kontrollaufgaben zu erleichtern, sie braucht sich also nicht auf den Rechenschaftsbericht der Fondsleitung zu beschränken, sondern sie kann insbesondere die Vorlage von Büchern und Belegen verlangen. (1094) Dieses Informationsrecht der Depotbank schließt mit anderen Worten alles in sich, was zur Überprüfung dient, ob die Fondsleitung in richtiger Ausführung des Depotbankvertrages und der Kollektivanlageverträge handelt. (1095)

Von wesentlicher Bedeutung für die Rechtsstellung der Depotbank ist die Frage, ob die Depotbank gegenüber der Fondsleitung ein sogenanntes materielles Kontrollrecht besitzt oder ob ihre Befugnis zur Überwachung der Fondsleitung auf das sogenannte formelle Kontrollrecht beschränkt ist. (1096)

Das formelle Kontrollrecht der Depotbank fußt einmal auf dem Informationsrecht gemäß Art. 541 OR, wonach sie dieses gesellschaftsrechtliche Verwaltungsrecht hinsichtlich des gesamten Geschäftsbereiches der Fondsleitung ausüben und ihre Bedenken anbringen kann. Dem entspricht von der auftragsrechtlichen Komponente des Dreiecksverhältnisses her ihre Verpflichtung zur Erfüllung ihrer umfassenden Kontrollaufgabe gemäß Art. 14 i. V. m. 18 IV AFG, 396 II OR. Diese umfassende Ermächtigung zur Kontrolle der Fondsleitung aus dem Kollektivanlagevertrag muß daher für die Interpretation der gesellschaftsrechtlichen Kontrollbefugnis der Depotbank bedeuten, daß das depotbankvertragliche Widerspruchsrecht auf den gesamten Gesellschaftsbereich ausgeweitet ist: die Depotbank hat also in dem der Fondsleitung zustehenden dispositiven Geschäftsbereich eine Pflicht zur Mitgeschäftsführung, die jedoch vom Umfang her auf die Ausführung des Widerspruchsrechtes beschränkt ist. (1097) Allerdings hat dieses ausgeweitete Widerspruchsrecht der Depotbank keine materielle Auswirkung, weil die Fondsleitung die widersprochene Handlung dem Widerspruch zum Trotz vornehmen könnte.

Zum Umfang des Kontrollrechtes hat der Bundesrat in der Botschaft aus der Tatsache, daß die Depotbank das gesamte Fondsvermögen aufbewahrt, gefolgert: deshalb "kann sie immerhin und soll sie durch Verweigerung einer Zahlung aus dem Fondsvermögen verhindern, daß ... unzulässige Anlagen vorgenommen werden. Sie hat also das Recht und die Pflicht zum Veto gegen unzulässige Anlagen. Die eigentliche Geschäftspolitik liegt jedoch ausschließlich in den Händen der Fondsleitung." (1098)

Daß der Bundesrat das Vetorecht auf die Anlagetätigkeit ausgedehnt sieht, die dem Geschäftsbereich der Fondsleitung angehört, bestätigt die hier vertretene Auffassung von der Ausweitung des Vetorechts i. S. d. Art. 541 OR. Die Herausgabe aufbewahrter Gegenstände (1099) bzw. die Bezahlung von Anlagegeschäften ist ein

(1094) Vgl. Siegwart, Art. 541 N 4.

(1095) Vgl. Art. 16 I AFG; 402 I, 537, 538 OR.

(1096) Zu den Begriffen vgl. o. S. 137.

(1097) Da Art. 535 OR dispositiven Rechts ist, steht dieser Gestaltung des Depotbankvertrages nichts entgegen.

(1098) Botschaft, S. 289.

(1099) Der Ausdruck Herausgabe ist wie der Begriff der Aufbewahrung weiter gefaßt:

Teil des Verwaltungsbereiches, in dem die Depotbank ausschließende Geschäftsführungsbefugnis hat. Sie hat also, da sie gemäß Art. 14 I i. V. m. 18 IV AFG berechtigt und verpflichtet ist, ihre Geschäftsführungsbefugnis zur Fondsverwaltung ausschließlich im Anlegerinteresse auszuüben, jeweils zu entscheiden, ob die Anforderungen der Fondsleitung auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten oder auf Ersatz von dieserhalb gemachten Aufwendungen dem Gesellschaftszwecke entsprechen. Die Ausweitung ihrer Verwaltungsrechte, auf die Anlagentscheide der Fondsleitung schon mit ihrem Veto einzuwirken, führt dabei zu dem wirtschaftlich einzig sinnvollen Ergebnis: ist die Anlagedisposition der Fondsleitung noch nicht ausgeführt, etwa, weil die Fondsleitung die Depotbank mit der gesamten Abwicklung beauftragt hat, so muß die Depotbank schon bei Eingang des Auftrages prüfen, ob die gewollte Anlage Gesetz und Reglement entspricht. Damit greift die Depotbank zwar nicht in das der Fondsleitung ausschließlich zustehende Recht zur Willensbildung in Anlagefragen ein; in der praktischen Auswirkung kommt die formelle Kontrollbefugnis der Depotbank aber einem materiellen Kontrollrecht nahe, so daß sich von einem quasi-materiellen Kontrollrecht der Depotbank sprechen läßt, das ihr im Depotbankvertrag als Geschäftsführungspflicht auferlegt ist.

Wie sehr dieses quasi-materielle Kontrollrecht der Depotbank eine faktische Beeinträchtigung der Ausschließlichkeit der Geschäftspolitik in Händen der Fondsleitung (1100) ist, wird besonders deutlich, wenn es sich um den Erwerb einer Überbauung handelt. Denn die Fondsleitung wird dazu die Depotbank entweder zu den Vertragsverhandlungen hinzuziehen oder deren Weigerung als auflösende Bedingung in den Kaufvertrag aufnehmen, damit sie nicht das Risiko läuft, letztlich zu Lasten der eigenen Mittel gekauft zu haben. Denn bei nicht richtiger Ausführung der Kollektivanlageverträge - dies bemißt sich allein nach objektiven Gesichtspunkten - hat die Fondsleitung infolge der Zahlungsverweigerung seitens der Depotbank dann mit ihrem eigenen Vermögen einzustehen.

3. Der Gegenstand der Kontrollpflicht

Damit die Depotbank ihr Vetorecht einlegen und gegebenenfalls zur Wahrung des Anlegerinteresses ihre Mitwirkung bei der Verwaltung des Fonds verweigern kann, hat sie sich über die Geschäftstätigkeit der Fondsleitung in dem Maße zu informieren, wie dies zur Erfüllung ihrer Kontrollaufgabe erforderlich ist. (1101) Es ist daher nachfolgend zu skizzieren, worauf sich ihre Kontrollpflicht insbesondere erstreckt.

er bedeutet die Freigabe der Fondsgegenstände, an denen die Depotbank ein Verfügungsrecht oder ein sonstiges Kontrollrecht hat.

(1100) S. dazu die zitierte Stelle der Botschaft auf S. 289, o. S.

(1101) Vgl. Art. 396 I OR i. V. m. Art. 16 I, 18 I AFG.

a. Zulässigkeit der Anlagen

Die Depotbank hat gemäß Art. 18 I AFG dafür zu sorgen, daß die qualifizierten Anlagevorschriften - gemäß den qualitativen und quantitativen Anlagevorschriften von AFG und Fondsreglement - eingehalten werden. (1102) Dies kann sie, wenn ihr Veto-recht nicht möglich ist oder wenn es nichts gefruchtet hat, durch Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises bzw. der Aufnahme des betreffenden Gegenstandes in den von ihr verwahrten Fonds. (1103)

Schwierigkeiten stellen sich bei der Kontrolle der Immobiliengesellschaften ein. Denn hier nützt die Verweigerung der Zahlung z. B. für eine als unzulässig qualifizierte Anlage gar nichts, haften die Immobiliengesellschaften doch mit ihrem eigenen Gesellschaftsvermögen, so daß damit der Wert der Beteiligung an diesen Immobilien-gesellschaften entsprechend abnimmt. Es bleibt der Depotbank daher nichts anderes übrig, als ihr materielles Verweigerungsrecht an das Entscheidungsorgan der Immobiliengesellschaft zu übertragen. Rechtlich ist dies zwar nicht möglich, praktisch ist diese Aufgabe aber durch die Begründung eines Beherrschungsverhältnisses lösbar. (1104)

b. Anteilscheinverkehr

Nach Art. 20 AFV ist die Depotbank verpflichtet, zur Kontrolle des Anteilscheinverkehrs ein besonderes Anteilscheinbuch zu führen. (1105) Die Pflicht zur Kontrolle des Anteilscheinverkehrs folgt indes schon aus Art. 18 I AFG, wonach die Depotbank die nicht im Umlauf befindlichen Anteilscheine aufzubewahren hat, sowie aus Art. 18 IV, 20 III AFG, wonach die Depotbank die Anteilscheine erst nach Zahlung des Ausgabepreises herausgeben darf. Art. 20 AFV gibt somit nur eine Arbeitsanweisung, wie die Kontrolle durchzuführen ist.

(1102) S. dazu o. S. 210 ff.

(1103) Scharf davon zu unterscheiden ist die Frage, wann ein Gegenstand Bestandteil des Investmentfonds wird. Die Depotbank hat nämlich keinen materiellen Einfluß darauf, daß die Fondsleitung einen Gegenstand im eigenen Namen und für Rechnung der Anleger des Fonds erwirbt, s. dazu o. S. 213 ff. Jedoch darf die Depotbank einen unzulässigen Gegenstand nicht für Rechnung der Anleger aufbewahren.

(1104) Gl. A. Botschaft, S. 290. Dieses Ergebnis bedeutet aber, in Hinblick auf Art. 31 II lit. b AFG, daß die Depotbank zugleich die Fondsleitung beherrschen muß, mit anderen Worten, das Investmentgeschäft - weiter unter rein wirtschaftlichem Aspekt - in allen Bereichen mitbetreiben, also auch selbst bei der "eigentlichen Geschäftspolitik" mitwirken muß. Damit wird der Widerspruch zwischen der rechtlichen Selbständigkeit der Fondsleitung gegenüber der Depotbank hinsichtlich der Geschäftspolitik und ihrer wirtschaftlichen Umkehrung im Investmentgeschäft offenbar.

(1105) S. o. S. 119.

c. Ausgabe- und Rücknahmekosten der Anteilscheine sowie Vergütung und Aufwendersatz der Fondsleitung

Art. 20 AFV ist vielmehr auf einem anderen Gebiet von größter Bedeutung. Die Depotbank hat sich beim Anteilscheinverkehr durch die vorgeschriebene Gliederung der diesbezüglichen Buchführung nämlich darüber Rechenschaft zu geben, welchen Nettobetrag sie bei der Ausgabe bzw. Rücknahme von Anteilscheinen dem dafür vorgesehenen Konto des Fonds gutzuschreiben oder zu entnehmen hat. Gleiches gilt für die in den von der Fondsleitung gemäß Art. 12 I AFG anzusetzenden Bruttobeträgen enthaltenen Kosten, die nach Aufwendungs- und Vergütungskomponenten aufzuteilen sind.

Da die Depotbank unabhängig von der Führung des Anteilscheinskontro der Fondsleitung deren Vergütungs- und Ersatzansprüche zu erfüllen und sie dabei gemäß Art. 16 I i. V. m. 14 II, 18 IV AFG auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu überprüfen hat, wird die Depotbank zweckmässigerweise mit der Anteilscheinbuchführung bereits die Kontrolle der Berechnung von Inventarwert und Ausgabe- bzw. Rücknahmepreis entsprechend den nach Art. 11 AFV gefaßten Bestimmungen des Fondsreglements und den gemäß Art. 12 I, III AFG, 4 AFV getroffenen Festsetzungen verbinden. Für die Praxis des schweizerischen Investmentgeschäftes bedeutet diese Kontrollpflicht, daß die Depotbank die gesamte Fondsbuchführung bei der Fondsleitung zu kontrollieren hat. Stellt die Depotbank dann fest, daß z. B. die Kostenbelastung beim Anteilscheinverkehr oder bei den Anlagegeschäften über die im Fondsreglement vorgesehenen Provisionen oder Spesen hinausgeht, (1106) so hat sie aufgrund ihres formellen Kontrollrechtes gelegentlich einer Anforderung seitens der Fondsleitung von Aufwendersatz oder Vergütung die entsprechende Verrechnung vorzunehmen. (1107)

d. Erwerbs- und Verfügungsbeschränkungen

Die Fondsleitung ist gemäß Art. 12 I AFG Rechtsträger des Investmentfonds und grundsätzlich allein befugt, über die Fondswerte zu verfügen. Das Gesetz hat jedoch Erwerbs- und Verfügungsbeschränkungen aufgestellt, deren Einhaltung von der Depotbank zu überwachen ist.

Art. 12 II AFG verbietet der Fondsleitung die Belastung von Gegenständen des Investmentfonds mit Pfandrechten sowie die Sicherungsübereignung, hingegen erlaubt Art. 35 III AFG die Verpfändung von Grundstücken in dem Rahmen, daß die Belastung im Durchschnitt aller Grundstücke die Hälfte der Anlagekosten nicht übersteigt.

Unter die Erwerbsverbote fallen die Vorschriften über anzulässige Anlagen. (1108)

(1106) Vgl. Art. 14 II AFG.

(1107) Arg. Art. 17 III AFG.

(1108) Vgl. dazu o. S. 209 ff.

Zu widerhandlungen der Fondsleitungen gegen Erwerbs- und Verfügungsbeschränkungen sind rechtswirksam. (1109) Indes ist die Depotbank, da es sich dabei um eine unrichtige Ausführung des Kollektivanlagevertrages handelt, nicht berechtigt, der Fondsleitung die entsprechenden Gegenstände aus dem Investmentfonds zu übertragen, herauszugeben oder sie sonst aus ihrer Aufbewahrung zu entlassen. (1110) Eine weitergehende Pflicht, etwa i. S. einer Geltendmachung der Gegenansprüche der Anleger gegenüber der Fondsleitung ist ihr - im Gegensatz zur deutschen Depotbank (1111) - nicht aufgegeben. Sie ist aber aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung berechtigt, von der Fondsleitung ein vertragsgemäßes Verhalten zu verlangen.

e. Eigengeschäfte

Zu den Überwachungsaufgaben der Depotbank zählt auch, daß sie die Einhaltung des Verbots von Eigengeschäften der Fondsverwalter oder ihnen nahestehender Gesellschaften mit dem Investmentfonds zu kontrollieren hat.

Nach Art. 14 II, III AFG ist es der Fondsleitung sowie den Mitgliedern ihrer Verwaltung und Geschäftsleitung als auch ihren Gesellschaftern und den den Vorgenannten nahestehenden Gesellschaften untersagt, aus eigenen Beständen Anlagen auf den Anlagefonds zu übertragen bzw. von ihm für eigene Rechnung zu übernehmen, ausgenommen Wertpapiere zum geltenden Börsenpreis.

Der Gesetzgeber hat diese Einschränkung für erforderlich gehalten, um dem Entstehen eines Interessenkonfliktes der über den Investmentfonds oder über einzelne Fondswerte Verfügungsberechtigten zwischen ihrem Eigen- bzw. dem Interesse der Vorgenannten einerseits und dem Anlegerinteresse andererseits von vornherein zu wehren. Von besonderer Bedeutung erweist sich diese Einschränkung im Bereich der Immobilienanlagefonds.

Dabei ist zu beachten, daß Art. 14 II AFG nicht nur untersagt, daß die betroffenen Personen im eigenen Namen mit der Fondsleitung bzw. den Immobiliengesellschaften oder den sonst hinsichtlich des einzelnen Gegenstandes Verfügungsberechtigten kontrahieren. Art. 14 II AFG stellt allein auf den wirtschaftlichen Tatbestand ab und erfaßt damit auch Geschäfte, welche die betroffenen Personen in indirekter Stellvertretung, über Fiduziare oder über sogenannte Strohmänner, abschließen. Kann die Depotbank aber überhaupt in der Praxis dieser umfangreichen Kontrollpflicht nachkommen? Nach Art. 18 I i. V. m. 14 II, III AFG müßte sie nämlich bei allen Anlagegeschäften, welche nicht börsengängige Wertpapiere zum Gegenstand haben, umfangreiche Nachforschungen anstellen, ob nicht etwa ein Verbotstatbestand gegeben ist. Denn sie hat nach Art. 538 III i. V. m. 328 II OR auch für fahrlässige Nichtkenntnis eines Verbotstatbestandes einzustehen.

(1109) Dies ergibt sich aus den Formulierungen "dürfen nicht" in Art. 12 AFG und "können nur" in Art. 6 I AFG; letztere muß in Zusammenhang mit dem "untersagt sind" des Art. 6 II AFG gesehen werden. S. o. S. 143, 212.

(1110) Arg. Art. 16 I AFG.

Art. 328 III OR reduziert jedoch den Sorgfaltsmaßstab für die Fälle, wo das dienstpflichtige Unternehmen seiner besonderen Art und den Geflogenheiten des Geschäftsbetriebes nach die Arbeit nur mit eingeschränkter Sorgfalt ausführen kann. Damit ist das Verantwortlichkeitsmaß entsprechend den Verhältnissen individualisiert. (1112) Auf das Investmentgeschäft angewandt bedeutet dies, daß das AFG von der Depotbank, die gemäß Art. 5 III AFG von den fachlichen und organisatorischen Anforderungen her nur eine Bank i. S. d. BankenG zu sein braucht, nicht mehr erwartet, als von ihr billigerweise im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes verlangt werden kann. So ist von der Depotbank zu erwarten, daß sie sich von der Fondsleitung die Namen der Mitglieder ihrer Organe sowie die ihnen nahestehender Gesellschaften namhaft machen läßt und dann jeweils nachprüft, ob bei den einzelnen Anlagegeschäften die Vorschriften des Art. 14 AFG gewahrt sind. (1113) Hierbei wird es regelmäßig genügen, wenn sie sich die Kaufverträge bzw. den letzten Grundbucheintrag vorlegen läßt. Bei begründetem Verdacht (1114) ist sie jedoch verpflichtet, im banküblichen Rahmen weitere Nachforschungen anzustellen, ob die bezeichnete Person auch wirtschaftlich hinter dem fraglichen Anlagegeschäft steht. Aber auch hier ist der Sorgfaltsmaßstab eingeschränkt: es genügt, wenn sich die Depotbank einer kommerziellen Auskunft bedient, um in Erfahrung zu bringen, ob dieses Geschäft im Rahmen des Geschäftsüblichen der bezeichneten Person liegt.

III. Die Geschäftsführungsbefugnisse der Fondsleitung

Der Geschäftsführungsbereich der Fondsleitung, die innerhalb der Beauftragtengesellschaft den dispositiven Verwaltungsbereich über den Investmentfonds zugeteilt erhalten hat, (1115) ist bei der Würdigung der Kontrollaufgaben der Depotbank bereits angeschnitten worden. Mit diesen gelegentlichen Hinweisen kann es im Rahmen dieser Untersuchung sein Bewenden haben.

Gleichwohl bleibt noch herauszustellen, daß die Fondsleitung bei ihrer Zusammenarbeit mit der Depotbank verschärfte Verhaltenspflichten zu beachten hat, welche - im Gegensatz zu den Geschäftsbeziehungen mit einer nicht als Depotbank tätigen Bank - besondere Anforderungen an sie stellen.

Die gesellschaftsrechtliche Struktur der Beziehungen der Fondsleitung zur Depotbank macht ihr nicht nur die nach den AGB und den Bankusancen geforderten Sorgfaltspflichten zum Gegenstand ihrer Obliegenheiten, (1116) sie ist als Mitgesellschafter gegenüber der Depotbank verpflichtet, alles zu tun, was der Erreichung des Gesellschaftszweckes, der Durchführung der Fondsverwaltung, förderlich ist.

(1112) Vgl. dazu Becker, Art. 328 N 5, 7.

(1113) Ähnliches gilt im deutschen Investmentgeschäft, vgl. o. S. 145.

(1114) Die Beweislast, daß der Depotbank Verdachtsmomente bekannt waren, obliegt demjenigen, der sich darauf beruft.

(1115) Vgl. Art. 12 I AFG; s. a. o. S. 199 ff.

(1116) Vgl. dazu o. S. 63 für das deutsche Investmentunternehmen. Diese Grundsätze gelten sinngemäß auch für das schweizerische Bankwesen.

Wichtig ist dabei die Beschränkung auf den eigenen Geschäftsbereich und die Beteiligung der Depotbank bei den dieser zustehenden Verwaltungsaufgaben. Dazu hat die Fondsleitung namentlich die erforderlichen Auskünfte zu geben (1117) und Weisungen zu erteilen. (1118)

Der Fondsleitung stehen ebenso wie der Depotbank Informations- und Widerspruchsrecht zu. (1119)

Dieser kurze Überblick zeigt, daß die gesellschaftsrechtliche Struktur der Rechtsbeziehungen zwischen Fondsleitung und Depotbank gut geeignet ist, zum Schutz der Anleger die Fondsverwaltung arbeitsteilig durchzuführen. (1120)

§ 4 . DAS ZUSTANDEKOMMEN DES DEPOTBANKVERTRAGES

Der Depotbankvertrag kommt nach den allgemeinen Grundsätzen über den Abschluß von Verträgen zustande (Art. 1 ff. OR).

Die auch für den Depotbankvertrag grundsätzlich geltende Vertragsfreiheit ist durch das AFG weitgehend eingeschränkt. Der Inhalt des Vertrages ist im wesentlichen im Fondsreglement festgelegt, im übrigen durch Vereinbarungen, welche dieses ergänzen. (1121)

I. Die Aufstellung des Fondsreglements

Nach Art. 9 I AFG haben Fondsleitung und Depotbank gemeinsam das Fondsreglement aufzustellen, welches gemäß Art. 11 AFG die Rechte und Pflichten der Parteien des - neben dem Depotbankvertrag bestehenden - Kollektivanlagevertrages zu enthalten hat.

Das Fondsreglement ist von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen, wenn es den gesetzlichen Anforderungen genügt. (1122)

Die Auswahl der Depotbank ist wegen der gemeinsamen Reglements aufstellung praktisch mit dieser eng verbunden. (1123) Bis zur Aufstellung des Fondsreglements ist

(1117) Vgl. dazu o.S. 237 ff.

(1118) Vgl. dazu o.S. 207 f.

(1119) S. dazu o.S. 238 f.

(1120) Die in der Praxis herrschenden Beteiligungsverhältnisse der Depotbanken an den Fondsleitungen lassen diese gegenseitigen Kontrollmöglichkeiten nicht immer zur Wirkung kommen. Vgl. o.S. 139.

(1121) Sollten solche Vereinbarungen Gesetz oder Fondsreglement zuwiderlaufen, so sind sie insoweit nichtig. Vgl. dazu o.S. 205 f.

(1122) Art. 9 I i. V. m. 41 II, III AFG.

(1123) In der Praxis erfolgt regelmäßig keine eigentliche Auswahl, da überwiegend die Fondsleitung eine Gründung der später als Depotbank wirkenden Bank ist. Vgl. o.S. 43.

von einem Depotbankvertrag aber noch nicht zu sprechen. Zwar wirken Fondsleitung und Depotbank bereits im Hinblick auf den gemeinschaftlichen Zweck zusammen. Es kann daher allenfalls von einer Vorgesellschaft gesprochen werden. Da aber die Bestimmungen des Fondsreglements wesentlicher Bestandteil des Gesellschaftsvertrages sind, kann vor seiner Aufstellung von der Existenz wesentlicher Vertragspflichten regelmäßig noch nicht gesprochen werden. (1124)

II. Der Abschluß des Depotbankvertrages

Der Gesellschaftsvertrag der Fondsverwalter kann frühestens mit Aufstellung des Fondsreglements geschlossen werden. (1125) Der Inhalt des Fondsreglements reicht als gesellschaftsvertragliche Grundlage aus; die das Fondsreglement ergänzenden Vereinbarungen können noch nachträglich durch Gesellschaftsbeschlüsse getroffen werden. (1126)

Das Genehmigungserfordernis hinsichtlich des Fondsreglements betrifft nicht den Abschluß des Depotbankvertrages. Mangels einer entgegenstehenden Regelung kann daher angenommen werden, daß der Depotbankvertrag mit Abschluß des Fondsreglements zustande kommt und daß die eventuell zu erwartende Verweigerung der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde als auflösende Bedingung des Depotbankvertrages zu gelten hat. (1127) Dabei ist aber nur die rechtskräftige Verweigerung Resolutivbedingung i. S. d. Art. 154 OR.

§ 5 DIE ÄNDERUNG DES DEPOTBANKVERTRAGES

Der Depotbankvertrag kann jederzeit durch die Partner der Beauftragtengesellschaft geändert werden, soweit dem das AFG und das Fondsreglement nicht entgegenstehen. Weitergehende Änderungen können nur in Zusammenhang mit einer Änderung des Kollektivanlagevertrages vorgenommen werden, (1128) und zwar nur - Art. 9 III

(1124) Es ist hingegen denkbar, daß einer Bank, welche mit einer Fondsleitung in Verhandlung über eine eventuelle Beteiligung bei der Fondsverwaltung steht, Ansprüche gegen die Fondsleitung aus den Gesichtspunkten der culpa in contrahendo zustehen.

(1125) Man könnte sich allerdings auch vorstellen, daß die späteren Fondsverwalter bereits den Depotbankvertrag vor Reglementsaufstellung abschließen, wobei jedoch das später aufzustellende Fondsreglement im wesentlichen Inhalt bereits enthalten ist.

(1126) Vgl. dazu o. S. 43.

(1127) Durch diese Wertung haben insbes. die regelmäßig vorgenommenen Vorbereitungshandlungen eine den tatsächlichen Gegebenheiten gemäße gesellschaftsrechtliche Grundlage.

(1128) Der Depotbankvertrag als subsidiärer Vertrag zu den Kollektivanlageverträgen kann natürlich mit beliebigem Inhalt ausgestattet werden. Seine Rechtswirksamkeit ist aber zunächst durch das Erfordernis der Kompatibilität mit der

1. H.S. AFG - bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Dabei ist die Möglichkeit der Änderung der Kollektivanlageverträge und damit des Depotbankvertrages infolge eines wichtigen Grundes eine gesetzlich geregelte "clausula rebus sic stantibus." (1129)

Das Vorliegen eines solchen Grundes zur Änderung des Fondsreglements kann indes nicht von allen Partnern des Investmentdreiecks geltend gemacht werden: Art. 9 III AFG gestattet nur den Fondsverwaltern, und zwar nur gemeinsam, die Anpassung des Fondsreglements an die neuen Verhältnisse; (1130) diese Änderung ist jedoch an den Entscheid des Richters gebunden, (1131) der dabei gemäß Art. 10 I AFG Stellungnahmen aus dem Anlegerkreis zu beachten hat.

Rechtsordnung, namentlich mit dem AFG, determiniert. Dann geht dem Depotbankvertrag aber der Kollektivanlagevertrag in dem Sinne vor, daß die Beauftragtengesellschaft sich im Außenverhältnis zu den Anlegern so behandeln lassen muß, als wenn der Depotbankvertrag in Übereinstimmung mit dem Fondsreglement stünde. Vgl. dazu a.o. S. 43, 205 f.

(1129) Vgl. hierzu Palandt-Danckelmann, § 242 Anm. 6.

(1130) Indes sind die Fondsverwalter aus ihrer Treupflicht gehalten, bei objektiver Erforderlichkeit einer Anpassung des Fondsreglements an die neue Geschäftslage den Änderungsantrag unverzüglich zu stellen. Dieser Anspruch der Anleger auf Befolgung des Interessenwahrnehmungsgebotes in Art. 14 I AFG ist gerichtlich durchsetzbar. Vgl. Art. 27 AFG.

(1131) Es hat sich die Frage gestellt, ob eine Reglementsänderung grundsätzlich nur über den Richter durchführbar ist oder ob sie in gewissen Fällen von Fondsleitung und Depotbank allein vorgenommen werden kann. So sind die Fondsreglemente der Intrag AG, Zürich und Lausanne, und der Schweizerischen Bankgesellschaft, Zürich, am 15. 5. 1968 hinsichtlich des bei der Ausgabe von Anteilscheinen zu entrichtenden Aufschlags ohne gerichtliches Verfahren geändert worden, und zwar mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde. Vgl. dazu "Intrag-Fonds ändern Reglemente" in F.u.W. Nr. 55 v. 17. 7. 1968, S. 5. Die Eidgenössische Bankenkommision vertrat dabei die Ansicht, daß Art. 9 III AFG - er war über Art. 54 IV AFG im konkreten Fall anwendbar - den richterlichen Entscheid für eine Reglementsänderung nur dann vorsehe, wenn die Änderung des Reglements eine Änderung der Rechtslage der - bisherigen - Anleger bewirke.

Für diese enge Interpretation findet sich indes im Gesetz kein Anhaltspunkt. Im übrigen ist die Änderung der Aufschläge bei der Anteilscheinausgabe durchaus als Änderung der Rechtslage der bisherigen Anleger zu werten. Die "zur Deckung der Kosten, die der Druck der Anteilscheine, der Rechenschaftsberichte und der Prospekte sowie die Plazierung der Anteilscheine verursachen," dienenden Aufschläge auf den Ausgabepreis der Anteilscheine künftiger Anleger bewirken nämlich, daß die bisherigen Anleger diese Kosten, soweit sie bisher als Aufwendungen der Fondsverwaltung aus dem Fonds selbst bestritten wurden, künftighin nicht mehr im selben Maße zu tragen haben; d.h. die bisherigen Anleger können infolge einer solchen Reglementsänderung eine relativ

I. Der Antrag auf Änderung des Fondsreglements

Die Fondsverwalter haben jede beabsichtigte Reglementsänderung (1132) gemäß Art. 9 III AFG beim Richter zu beantragen.

Zuständig ist einmal das Gericht am Sitz der Fondsleitung. (1133) Da die Depotbank aber mitantragsberechtigt und -verpflichtet ist, kann der gemeinsame Änderungsantrag auch beim für sie zuständigen Richter gestellt werden, (1134) solange nicht die kantonalen Durchführungsbestimmungen eine besondere Zuständigkeitsregelung treffen.

II. Die Änderung des Fondsreglements

Das Verfahren zur Änderung des Fondsreglements ist im AFG nur umrissen, es bedarf zur verfahrensrechtlichen Ergänzung noch kantonomer Durchführungsbestimmungen. Dem Richter obliegt, nachdem Fondsleitung und Depotbank gemäß Art. 9 III AFG gemeinsam den substantiierten Änderungsantrag gestellt haben, aufgrund Art. 10 I AFG:

höhere Ertragsausschüttung als unter der Herrschaft des alten Fondsreglements erwarten.

Es ist des weiteren zu berücksichtigen, daß die rechtliche Struktur des Investmentgeschäftes als eines Bündels einer Vielzahl identischer Kollektivanlageverträge, die voneinander unabhängig sind, die Geschäftsgrundlage der Kollektivanlageverträge nicht berührt, die nämlich u. a. im Charakter der Fonds als "open end"-Investmentfonds besteht. Das besagt, daß der mit den Fondsverwaltern kontrahierende Anleger sich auch deshalb an einem bestimmten Investmentfonds beteiligt, weil er aus der zu beobachtenden Interdependenz von Erfolg der Fondsverwaltung und Zuwachs der Anlegerzahl einerseits und von durch Einzahlungen zufließenden Anlagemitteln und Verwaltungserfolg andererseits eine Wertsteigerung seiner Beteiligung erhofft. Nun ist aber aus der Erfahrung bekannt, daß das anlagensuchende Publikum die Spesen eines Investmentfonds, die beim Erwerb von Anteilscheinen - unter Vernachlässigung ihrer Natur - in Rechnung gestellt werden, bei seinen Anlagedispositionen nicht unbeachtet läßt. So kann man bei einer Erhöhung der Aufschläge auf den Inventarwert der Anteilscheine eine gewisse Verlangsamung der Neuzugänge erwarten.

Auch aus diesem Grunde ist daher ausnahmslos zu verlangen, daß bei Änderung des Fondsreglements das Verfahren nach Art. 9 III, 10 AFG durchgeführt wird.

(1132) Aus Art. 10 II 2, H. S. AFG folgt, daß der Änderungsantrag substantiiert vorgebracht werden muß.

(1133) Arg. Art. 27 I AFG.

(1134) Vgl. Art. 18 IV AFG.

- Einholung der aufsichtsbehördlichen Stellungnahme
- Veröffentlichung der beantragten Änderung unter Hinweis darauf, daß die Anleger zur einberufenen Verhandlung schriftlich oder mündlich Einwände erheben können.

Erste Voraussetzung für einen dem Antrag stattgebenden Entscheid des Richters ist nach Art. 10 II AFG das Vorliegen eines wichtigen Grundes für ein Abgehen vom bestehenden Fondsreglement. (1135) Zweite Voraussetzung ist die aufsichtsbehördliche Bestätigung, daß das neue Fondsreglement die gesetzlichen Erfordernisse - Art. 11 AFG, 10 ff. AFV - erfüllt. (1136) Schließlich muß die vorgeschlagene Änderung "den Verhältnissen angemessen" sein. Nur insoweit steht dem Richter eine eigentliche Ermessensfreiheit zu. Er wird sich zur Klärung der Angemessenheit auf Sachverständige stützen, dabei aber auch - Art. 14 I AFG ist entsprechend heranzuziehen - die vorgebrachten Einwendungen der Anleger berücksichtigen müssen; (1137) dies sogar, wenn die objektive Beurteilung eine Billigung der vorgeschlagenen Änderung rechtfertigte, die subjektiven Beweggründe der Anleger - in qualifizierter Repräsentanz - auf Ablehnung des neuen Fondsreglements gehen. (1138)

Kann der Richter ein Abgehen vom alten Fondsreglement befürworten, dann aber vom vorgeschlagenen neuen Text des Fondsreglements abweichen? Ist der neue Text teilweise gesetzwidrig, (1139) so kann der Richter die Änderung im übrigen aufrechterhalten. Auch wird man bei einer Änderung der Kostenbelastung des Investmentfonds

(1135) Denn auch für die Kollektivanlageverträge gilt der Grundsatz: *pacta sunt servanda*.

Auch bezüglich des Vorliegens eines wichtigen Grundes sind die Anleger anhörberechtigt. Das Gericht wird aber auch hier Sachverständige hinzuziehen. Die Aufsichtsbehörde hat diesbezüglich kein Mitspracherecht.

(1136) Die Bestätigung der Aufsichtsbehörde ist *conditio sine qua non* des positiven richterlichen Entscheides. Gibt die Aufsichtsbehörde einen ablehnenden Bescheid, so können die Antragsteller - Fondsleitung und Depotbank - gemäß Art. 47 AFG vorgehen.

Die Bestätigung ist ein Parallelfall zur Genehmigung nach Art. 9 I, 41 II AFG.

(1137) Hirsch, Überblick, S. 8, mißt den Einwänden der Anleger lediglich informative Bedeutung zu, nicht aber indikatorische hinsichtlich der Angemessenheit des neuen Fondsreglements.

(1138) Wenn ein den subjektiven Einwänden der Anleger folgender ablehnender Entscheid des Richters den Fondsverwaltern die Fortführung des Fonds nicht mehr für tunlich erscheinen läßt, so können sie von ihrem Kündigungsrecht nach Art. 19 u. 28 AFG Gebrauch machen.

(1139) Die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der zu ändernden Stellen wird nur hinsichtlich der "gesetzlichen Voraussetzungen" (Art. 41 II AFG) von der Aufsichtsbehörde vorgenommen. Die Prüfung des Richters hat sich jedoch auf die Gesetzmäßigkeit im weiteren Sinne, d. h. im Verhältnis zur gesamten Rechtsordnung, zu erstrecken.

bzw. der Anleger dem Richter eine Anpassung der beantragten neuen Sätze an das gegebenenfalls davon abweichende angemessene Maß zugestehen müssen. Andere Änderungen des Fondsreglements aber - z.B. bezüglich der Anlageliste - können vom Richter nur antragsgemäß beschieden werden oder sie müssen abgelehnt werden. Der Entscheid des Richters ist gemäß Art. 10 III AFG zu veröffentlichen, und zwar im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und in der im Fondsreglement vorgesehenen Form; (1140) nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides wird die verfügte Änderung und das Datum des Inkrafttretens des neuen Fondsreglements auf die gleiche Weise veröffentlicht.

III. Der Zeitpunkt der Änderung des Depotbankvertrages

Soweit die Änderung des Fondsreglements den Depotbankvertrag betrifft, ist das Inkrafttreten der Änderung auch der Zeitpunkt für das Wirksamwerden der entsprechenden Depotbankvertragsänderung. Dabei ist der gemeinsame Antrag von Fondsleitung und Depotbank gemäß Art. 9 III AFG zugleich als Gesellschafterbeschuß hinsichtlich der Änderung des Depotbankvertrages zu werten, wobei das Inkrafttreten der Reglementsänderung Suspensivbedingung i. S. d. Art. 151 OR ist. Von einer Änderung des Fondsreglements unabhängige Modifizierungen des Depotbankvertrages treten entsprechend der im Gesellschafterbeschuß vereinbarten Regelung in Kraft.

§ 6 DIE BEENDIGUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Das Rechtsverhältnis zwischen Depotbank und Fondsleitung kann nicht wie ein gewöhnliches Gesellschaftsverhältnis gemäß Art. 545 ff. OR beendet werden. Das AFG als *lex specialis* hat mit Rücksicht auf die Funktion dieser Gesellschaft als Beauftragtengesellschaft der Anleger besondere Vorschriften aufgestellt. Danach kann das Rechtsverhältnis entweder durch den Wechsel der Depotbank - Art. 19 AFG - oder durch die Beendigung der Fondsverwaltung überhaupt - Art. 28 ff. AFG - beendet werden; auch kann die Aufsichtsbehörde nach Art. 46 I AFG die Fondsverwalter ersetzen oder den Fonds nach Art. 46 II AFG liquidieren lassen.

1. Der Wechsel der Depotbank

Unter Wechsel der Depotbank ist das Ausscheiden der Depotbank aus dem Kollektivanlagevertrag unter gleichzeitigem Eintreten einer anderen Bank in diese Rolle zu verstehen. Zu seiner Durchführung ist die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde, beim vertraglichen Depotbankwechsel auch die der Fondsleitung erforderlich.

(1140) Die Fondsleitung hat gemäß Art. 15 II lit. f AFG davon zusätzlich im Rechenschaftsbericht Kenntnis zu geben.

Die Initiative zum Depotbankwechsel kann nach Art. 19 I AFG von der Depotbank selbst ergriffen werden. Will sich die Fondsleitung vom Depotbankvertrag lösen, so kann sie dies nicht dadurch, daß sie der Depotbank das Ausscheiden aus der Fondsverwaltung auferlegt; sie hat nur die Möglichkeit der Kündigung der Fondsverwaltung als Ganzes oder des Antrags auf Auflösung des Fonds durch gerichtliche Verfügung (Art. 28 AFG). Nach Art. 46 I AFG kann auch die Eidgenössische Bankenkommision den Depotbankwechsel veranlassen. (1141)

A. Die Voraussetzungen des Depotbankwechsels

Die Übertragung der Rechtsstellung der Depotbank aus den Kollektivanlageverträgen auf die neue Depotbank hat verschiedene Kriterien zur Voraussetzung, die erfüllt sein müssen, bevor die Übertragung durchgeführt werden kann.

1. Genehmigung des Übernahmevertrages

Wenn der Depotbankwechsel vertraglich erfolgen soll, d. h. auf Initiative der Depotbank hin, so kann dies nach Art. 19 I AFG durch den sogenannten **Übernahmevertrag geschehen**, in welchem die Depotbank ihre Rechte und Pflichten aus den Kollektivanlageverträgen auf die zukünftige Depotbank überträgt.

Nach Art. 19 II AFG ist der Übernahmevertrag nur gültig, wenn er schriftlich abgefaßt ist.

Mit Abschluß des Übernahmevertrages ist der Depotbankwechsel aber noch nicht **vollzogen**. Gemäß Art. 19 II AFG ist er doppelt aufschiebend bedingt dadurch, daß er zwei Genehmigungen benötigt, nämlich die

- Genehmigung der Fondsleitung und die
- Genehmigung der Aufsichtsbehörde.

Die Genehmigung der Fondsleitung ist eine privatrechtliche Genehmigung. (1142)

Sie hat aber darüberhinaus noch die Bedeutung der "gegenseitigen Übereinkunft"

i. S. d. Art. 545 Ziff. 4 OR für die Auflösung der Beauftragtengesellschaft. (1143)

Diese Genehmigung des Übernahmevertrages untersteht als Geschäftsführungshandlung der Fondsleitung Art. 14 I AFG, sie ist also im Interesse der Anleger auszuführen oder zu unterlassen. Die Depotbank kann bei Verweigerung der Genehmigung nicht auf Abgabe dieser Willenserklärung klagen. Jedoch steht ihr bei auf unbestimmte Zeit ausgelegtem Anlagefonds das Kündigungsrecht entsprechend Art. 28 I lit. b AFG zur Verfügung, (1144) womit jedoch der Anlagefonds selbst unwiderruflich aufgelöst wird.

(1141) In diesem Fall ist die alte Depotbank infolge ihrer Geschäftsunfähigkeit bereits aus der Fondsverwaltung ausgeschieden und nach Art. 45 I AFG durch einen Sachwalter ersetzt worden.

(1142) Neben der eigentlichen Genehmigung muß aber auch eine vorherige Zustimmung der Fondsleitung statthaft sein.

(1143) S. dazu auch u. S. 257.

(1144) Im Falle der Verweigerung der Genehmigung kann die Depotbank ihr Aus-

Die Genehmigung des Übernahmevertrages seitens der Aufsichtsbehörde hingegen ist öffentlichrechtlicher Natur, und zwar handelt es sich um einen Verwaltungsakt. Die Genehmigung ist dann zu erteilen, "wenn die neue Depotbank den Erfordernissen dieses Gesetzes (AFG) entspricht und wenn die Fortführung des Anlagefonds im Interesse der Anleger liegt." (Art. 19 III AFG) Hinsichtlich der ersten Voraussetzung gibt Art. 5 AFG die näheren Erläuterungen. (1145) Bezüglich der zweiten Voraussetzung, dem Interesse der Anleger an der Fortführung des Fonds, müssen erhebliche Bedenken angebracht werden. Die Anleger eines Investmentfonds lassen sich bezüglich des Depotbankwechsels in der Regel in drei Gruppen teilen:

- Anleger, die nur bei Mitwirkung einer bestimmten Depotbank in den Investmentfonds investieren
- Anleger, denen es gleichgültig ist, wer als Depotbank fungiert
- Anleger, für die es auf eine bestimmte Gruppe unter den schweizerischen Banken hinsichtlich der Funktion als Depotbank ankommt.

Dieses unterschiedliche Anlegerinteresse ist praktisch nicht feststellbar, es ist auch nicht Bestandteil der einzelnen Kollektivanlageverträge geworden und ist damit für die Rechtsbeziehungen der Investmentpartner irrelevant. Die Tatsache, daß das AFG den Depotbankwechsel vorsieht, besagt indes, daß die Anleger mit dem Abschluß des Kollektivanlagevertrages ihr Einverständnis mit dem von der Rechtsordnung erlaubten Depotbankwechsel erklärt haben. Aber selbst wenn im Zeitpunkt des Genehmigungsantrages das Anlegerinteresse relevant werden sollte, so fragt sich, wie dieser Anlegerwille überhaupt von der Aufsichtsbehörde festzustellen ist. Denn ihr steht ein Verfahren wie dem Richter nach Art. 10 AFG nicht zur Verfügung. Richtigerweise muß das Anlegerinteresse an der Fortführung des Fonds mit der neuen Depotbank als kraft Gesetzes unwiderlegbar vermutet gelten, sofern nur die gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 5 AFG von der neuen Bank erfüllt sind. (1146)

2. Voraussetzungen der aufsichtsbehördlichen Übertragung.

Die Voraussetzungen für die aufsichtsbehördliche Übertragung der Kollektivanlageverträge auf die neue Depotbank nach Art. 46 I, 45 II AFG entsprechen denen der Genehmigung bei der privatrechtlich durchzuführenden Übertragung:

- Eignung der neuen Depotbank
- Interesse der Anleger an der Fortführung des Investmentfonds

scheiden auch dadurch herbeizuführen, daß sie gemäß Art. 28 I lit. a AFG die Auflösung des Investmentfonds durch den Richter verfügen läßt.

(1145) S. dazu o. S. 197 f.

(1146) Anleger, die sich namentlich im Hinblick auf die hinter der Fondsleitung stehende Depotbank am Investmentfonds beteiligt haben, können nach der Veröffentlichung des Depotbankwechsels - Art. 19 IV AFG - durch Ausübung ihres Rückgaberechtes kundtun, daß sie an der Fortführung des Investmentfonds unter Beteiligung der neuen Bank nicht interessiert sind.

Die Eignung der Depotbank betrifft nur die Frage, ob die Depotbank die gesetzlichen Erfordernisse i. S. d. Art. 5 AFG erfüllt, nicht aber auch noch andere Kriterien; (1147) dies folgt aus dem Vergleich von Art. 19 III AFG mit Art. 46 I AFG. Erfüllt die neue Depotbank diese beiden Voraussetzungen, so muß die Aufsichtsbehörde die Übertragung vornehmen.

3. Die Übertragung der Rechte und Pflichten

Die alte Depotbank scheidet in der Weise aus den Kollektivanlageverträgen aus, daß sie sich durch Übertragung sämtlicher daraus resultierender Rechte und Pflichten "von der weiteren Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten" befreit - Art. 19 I AFG - oder daß die Aufsichtsbehörde nach Art. 46 I AFG "die Kollektivanlageverträge mit Rechten und Pflichten" auf die neue Depotbank überträgt.

1. Übernahmevertrag

Der Übertragungsvertrag bzw. Übernahmevertrag ist seinem gesamten Inhalt nach schriftlich abzufassen. (1148)

Inhalt des Übernahmevertrages ist nicht die gesamte Rechtsstellung der Depotbank, welche sowohl den Kollektivanlagevertrag als auch den Depotbankvertrag zur Grundlage hat. Denn im Recht der einfachen Gesellschaft ist eine Fortsetzung der Gesellschaft zwischen dem verbleibenden Gesellschafter (Fondsleitung) und dem neueintretenden (neue Depotbank) grundsätzlich nicht möglich. (1149) Und es ist nicht ersichtlich, daß Art. 19 AFG als *lex specialis* zum Gesellschaftsrecht einen weiteren Ausnahmefall stipulieren wollte. Hingegen ist im Auftragsrecht die Substitution eines Beauftragten durch einen anderen immer dann ohne weiteres möglich, wenn der Auftraggeber zur Übertragung der Beauftragtenstellung auf einen Dritten seine Ermächtigung gegeben hat. (1150) Diese Ermächtigung ist nach Art. 19 I AFG in den Kollektivanlageverträgen enthalten. (1151)

Die Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Kollektivanlagevertrag geschieht durch Abtretung entsprechend Art. 164 ff. OR bzw. durch Schuldübernahme nach Art. 175 OR. Der Übernahmevertrag hat aber nicht mit dem Übergang der Rechte und Pflichten auf die neue Depotbank sein Bewenden. Es müssen auch erhebliche tatsächliche - und damit verbunden rechtliche - Handlungen vorgenommen werden.

(1147) So aber anscheinend Hirsch, Überblick, S. 8.

(1148) Art. 19 I AFG i. V. m. Art. 11 ff. OR.

(1149) Ausnahmsweise ist die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben des durch Tod ausgeschiedenen Mitgesellschafters möglich, Art. 545 I Ziff. 2 OR.

(1150) Art. 398 III, 399 II, III OR.

(1151) S. u. S. 160 f.

Die alte Depotbank muß z. B. den Besitz an den Fondsgegenständen übertragen bzw. ihre der Kontrolle dienenden tatsächlichen oder rechtlichen Zuständigkeiten. Insbesondere hat sie auch das Anteilscheinbuch - Art. 20 AFV - an die neue Depotbank herauszugeben und ihr die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Was den Depotbankvertrag anbelangt, so endet der alte Depotbankvertrag mit der Liquidation der Beauftragtengesellschaft. Die Liquidation dieser Innengesellschaft bereitet keine größeren Schwierigkeiten, handelt es sich doch im wesentlichen nur um die Begleichung der Vergütungs- und Aufwandsersatzansprüche beider Gesellschafter, die gemäß Art. 16 II AFG aus dem Fondsvermögen zu befriedigen sind. Die Auseinandersetzung der Gesellschafter verlangte an sich, daß die Depotbank mit Erlöschen ihrer Geschäftsführungsbefugnisse namentlich den Besitz an den Fondswerten an die Fondsleitung herausgäbe und ihre Kontrollmaßnahmen aufhobe. Indes wird im Investmentgeschäft die gesellschaftsrechtliche Struktur von der auftragsrechtlichen überlagert (1152): in entsprechender Anwendung des Art. 19 I i. V. m. 18 AFG ist die Depotbank verpflichtet, ihre Rechte und Pflichten, welche ihrer Gesellschaftserstellung entsprechen, ausschließlich auf die neue Depotbank zu übertragen. Die Genehmigung der Fondsleitung zum Übernahmevertrag ist, soweit es sich um eine Schuldübernahme handelt, die Zustimmung des Gläubigers i. S. d. Art. 175 I OR. Da die Fondsleitung mit der neuen Depotbank einen Depotbankvertrag gemäß AFG und Fondsreglement abzuschließen hat, wird sie ihre Genehmigung vom Abschluß eines sie zufriedenstellenden neuen Depotbankvertrages abhängig machen. Diese Genehmigung ist zugleich Ausdruck der gegenseitigen Übereinkunft i. S. d. Art. 540 I Ziff. 4 OR für die Beendigung des alten Depotbankvertrages. Dabei wird die Genehmigung des Depotbankwechsels seitens der Aufsichtsbehörde bezüglich beider Depotbankverträge Suspensivbedingung sein.

2. Übertragung durch die Aufsichtsbehörde

Für den Fall der Geschäftsunfähigkeit der alten Depotbank hat die Aufsichtsbehörde die Kollektivanlageverträge auf die neue Depotbank zu übertragen, welche ihr gegebenenfalls nach Art. 45 II AFG vom Sachwalter vorgeschlagen wurde und sofern sie die Voraussetzungen des Art. 46 I AFG erfüllt. (1153)

Die Aufsichtsbehörde wechselt dabei kraft gesetzlicher Zuständigkeit einen Partner des Dreiecksverhältnisses aus, ohne daß es dazu der Mitwirkung der anderen Partner oder zumindest der Fondsleitung bedürfte. Es fragt sich, welchen Inhalt der entsprechende Verwaltungsakt hat, bewirkt er die Übertragung der Beauftragtenstellung der Depotbank im Wege einer Universalsukzession oder muß die Aufsichtsbehörde an Stelle des Sachwalters die einzelnen Handlungen vornehmen? Für den Fall der Ersetzung der Fondsleitung sieht Art. 46 III AFG den Forderungs- bzw. Eigentumsübergang des Fondsvermögens auf die neue Fondsleitung kraft Gesetzes vor; somit bedarf es keiner rechtsgeschäftlichen Übertragungsakte mehr. Für den Parallelfall des Ersatzes der Depotbank ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Übertragung der

(1152) S. o. S. 201.

(1153) Vgl. dazu o. S. 208.

Kollektivanlageverträge in entsprechender Weise geregelt wissen wollte. Es handelt sich somit um eine besondere Art von Vertragsübertragung durch Hoheitsakt. Durch den die Kollektivanlageverträge übertragenden Verwaltungsakt wird die neue Depotbank z. B. Besitzer der noch im Gewahrsam der alten Depotbank befindlichen Fondswerte. Sie kann demgemäß deren Herausgabe von der alten Depotbank bzw. dem sie vertretenden Sachwalter verlangen, um so ihrer Pflicht aus Art. 18 I AFG nachkommen zu können.

Andererseits begründet der Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde nicht den neuen Depotbankvertrag. Dennoch entsteht im gleichen Augenblick, in dem Depotbank und Fondsleitung kraft des Verwaltungsaktes die Beauftragtengesellschaft der Kollektivanlageverträge werden, ein Gesellschaftsverhältnis. Aufgrund der Kollektivanlageverträge - Art. 14 I AFG - sind die Gesellschafter verpflichtet, durch Änderung dieses faktischen Depotbankvertrages ihr Innenverhältnis entsprechend dem Anlegerinteresse und ihren eigenen Belangen zu präzisieren. Problematisch ist dabei die Tatsache, daß die Fondsleitung denjenigen Teil des Depotbankvertrages, bezüglich dessen neben AFG und Reglement noch Raum zur freien Gestaltung besteht, mit einer Bank aushandeln muß, die bereits durch den Verwaltungsakt der Behörde ihr aufgezwungen wurde.

C. Veröffentlichung des Depotbankwechsels

Nach Art. 19 IV AFG ist der auf einem Übernahmevertrag beruhende Depotbankwechsel "im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie in der im Fondsreglement vorgesehenen Form zu veröffentlichen."

Im Falle des Depotbankwechsels infolge aufsichtsbehördlichen Entscheides nach Art. 46 I AFG verlangt das Gesetz keine Publizierung. Immerhin sind die Anleger bereits durch die dem Entscheid der Behörde vorgehende Ernennung des Sachwalters - Art. 45 I AFG - in der gleichen Weise informiert worden, so daß sie mit der Möglichkeit eines verfügbaren Depotbankwechsels rechnen konnten. Im übrigen ist anschließend und unverzüglich von der Fondsleitung und der neuen Depotbank die Anpassung des Fondsreglements an die neue Lage gemäß Art. 9 f. AFG zu beantragen. Die Veröffentlichung erfolgt dann nach Art. 10 III AFG durch den Richter. (1154)

Bei der Publizierung des Depotbankwechsels nach Art. 19 IV AFG ist der Zeitpunkt aus dem Gesetz nicht entnehmbar, in dem die Veröffentlichung vorgenommen werden muß. Ist erst dann zu veröffentlichen, wenn der Wechsel vollzogen ist, d. h. die alte Depotbank ausgeschieden und die neue Depotbank an deren Stelle getreten ist, oder ist schon der Augenblick maßgebend, in welchem die beiden Genehmigungen i. S. d. Art. 19 II AFG gegeben worden sind? Sinn der Publizierungspflicht ist, den Anlegern sowie den Schuldner von Fondsleitung bzw. Immobiliengesellschaften bei Geschäften für den Investmentfonds von dem bevorstehenden Wechsel Kenntnis zu geben, damit diese die entsprechenden Maßnahmen ergreifen können; (1155)

(1154) Vgl. dazu o. S. 250.

(1155) Dies gilt namentlich für Zahlungen, die gemäß Art. 18 II AFG an die Depotbank zu leisten sind.

insbesondere verlangt der Schutzgedanke zugunsten der Anleger, daß diese, wenn ihr Interesse - entgegen Art. 19 IV AFG - nicht auf die Fortführung des Investmentfonds gerichtet ist, so früh wie möglich Gelegenheit zum Ausscheiden durch Rückgabe ihres Anteilscheines erhalten. Maßgeblicher Zeitpunkt ist daher jener, in welchem der Übernahmevertrag durch die beiden Genehmigungen vollwirksam wird.

II. Der Wechsel der Fondsleitung

Wie bei der Depotbank so könnte auch bei der Fondsleitung ein Wechsel in der doppelten Form des privatrechtlichen und des aufsichtsbehördlich verfügten Wechsels möglich sein. Das AFG indes äußert sich nur zur letzteren Alternative, und zwar in Art. 45 II, 46 I, III AFG. Ist damit die Fondsleitung nicht berechtigt, sich durch Übertragung ihrer Rechte und Pflichten aus dem Kollektivanlagevertrag von der weiteren Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten entsprechend Art. 19 I AFG zu befreien?

Das Schweigen des Gesetzes muß als qualifiziertes Schweigen gewertet werden. Denn da die Depotbank - rechtlich kein wesentliches Element im schweizerischen Investmentgeschäft - ausdrücklich die Möglichkeit einer Auswechslung durch Übernahmevertrag zugestanden hat, so ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber durch sein Schweigen das Verbot eines Fondsleitungswechsels durch Vertrag zum Ausdruck bringen wollte. Denn die Fondsleitung ist immerhin, wenn die Depotbank als Garant der Sicherheit für die Investmentanlage der Anleger anzusehen ist, (1156) der unternehmerische Garant für den Erfolg des Fondsmanagements; ihre Auswechslung würde notwendig das Gesicht - die "Performance" - ändern, eine den Anlegern nicht ohne weiteres aufzuzwingende Umorientierung. (1157) Allerdings wird hiervon für den Fall eine Ausnahme gemacht, daß die Fondsleitung geschäftsunfähig wird: hier hat der Gesetzgeber ein überwiegendes Interesse der Anleger am Fortbestand des Investmentfonds, wenn auch unter einer neuen Fondsleitung, für möglich gehalten.

Wenn man also nach dem zuvor Gesagten feststellen muß, daß ein Wechsel der Fondsleitung durch Vertrag mit einem anderen Investmentunternehmen nicht zulässig ist, so stellt sich jedoch die Frage, ob sich die Fondsleitung auf andere Art und Weise als durch Kündigung des Anlagefonds bzw. dessen richterliche Auflösungsverfügung aus den Kollektivanlageverträgen lösen kann. Die Fondsleitung könnte nämlich mit einer anderen Fondsleitung fusionieren oder an diese ihre sämtlichen Aktiven und Passiven nach Art. 181 OR abtreten. Es kann dahingestellt bleiben, ob auch diese Fälle vom gesetzlichen Verbot des Fondsleitungswechsels erfaßt sind, in jedem Fall muß die Aufsichtsbehörde einschreiten, da die Voraussetzungen der Bewilligung der Geschäftstätigkeit i. S. d. Art. 44 I AFG nicht mehr erfüllt sind. Jedoch kann die Aufsichtsbehörde dann - analog Art. 44 III, 45 II, 46 I AFG - die Fondsverwaltung auf die neugebildete bzw. neue Fondsleitung übertragen, wenn diese dann die Voraussetzungen

(1156) Vgl. o. S. 45.

(1157) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 9.

der Art. 3 f. AFG erfüllt sowie die Fortsetzung des Investmentfonds im Interesse der Anleger liegt. (1158)

Wird die neue Fondsleitung durch Verfügung der Aufsichtsbehörde eingesetzt, so gehen mit diesem Privatrecht schaffenden Verwaltungsakt in Universalsukzession die Forderungen und das Eigentum an den Sachen, die zum Investmentfonds gehören, auf diese über.

III. Die Beendigung der Fondsverwaltung

Die Beendigung des Depotbankvertrages kann, außer durch den Wechsel eines der Fondsverwalter, auch dadurch herbeigeführt werden, daß die Verwaltung des Investmentfonds als Ganzes beendet wird, und zwar durch Auflösung und Liquidation des Investmentfonds nach Art. 28 ff. AFG.

A. Die Auflösung und Liquidation des Investmentfonds

Nach Art. 28 AFG wird ein Investmentfonds aufgelöst durch:

- Zeitablauf bei auf bestimmte Dauer angelegtem Fonds (1159)
- Verfügung des Richters auf Antrag der Fondsleitung oder der Depotbank bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, sofern der Investmentfonds auf bestimmte Dauer angelegt ist (1160)
- Kündigung der Fondsleitung oder der Depotbank bei auf unbestimmte Dauer angelegtem Investmentfonds (1161)
- Beschluß der Aufsichtsbehörde (1162)

Die Liquidation des Investmentfonds wird grundsätzlich von den Fondsverwaltern durchgeführt, die nunmehr die Funktion der Liquidatoren ausüben. Im Falle des Art. 28 I lit. c AFG ist jedoch der Sachwalter Mitliquidator des Investmentfonds. Die Auflösung des Investmentfonds ist nach Art. 28 II AFG zu veröffentlichen, und zwar - wie in sonstigen Fällen der Publizierungspflicht - im Schweizerischen Handels-

(1158) Für den Fall der Ersetzung der Fondsleitung erscheint die Feststellung des Anlegerinteresses besonders problematisch. War die Fondsleitung geschäftsunfähig geworden, so wird sich eher vermuten lassen, daß den Anlegern an der Fortführung des Fonds unter einer anderen, geschäftsfähigen Fondsleitung gelegen ist. Ist die Fondsleitung aber infolge ihres eigenen Entschlusses durch Fusion oder Geschäftsübertragung in ihrer rechtlichen und internen Organisation verändert, so kann im Einzelfall äußerst strittig sein, wie das Interesse der Anleger, denen die Fondsleitung gemäß Art. 14 I AFG zur Treue - und damit wohl auch zu einer gewissen Status-quo-Wahrung - verpflichtet ist, auf diese Änderungen reagieren wird.

(1159) Art. 28 I lit. a 1. Altern. AFG.

(1160) Art. 28 I lit. a 2. Altern. AFG.

(1161) Art. 28 I lit. b AFG.

(1162) Art. 28 I lit. c i. V. m. Art. 46 II AFG.

amtsblatt (SHAB) sowie in der im Fondsreglement vorgesehenen Form. Erfolgt die Auflösung aufgrund einer befristeten Kündigung, (1163) so ist auch die Kündigung von den Fondsverwaltern zu veröffentlichen. Im Falle der richterlichen Verfügung (1164) hat der Richter die Veröffentlichung seiner Verfügung entsprechend Art. 10 III AFG zu veranlassen. Erfolgt hingegen die Auflösung des Investmentfonds durch Verfügung der Aufsichtsbehörde, (1165) so fällt die Veröffentlichung dieser Verfügung mit jener der Auflösung zusammen; die Anleger sind jedoch schon gemäß Art. 45 I AFG von der möglichen Auflösung des Investmentfonds in Zusammenhang mit der Einsetzung des Sachwalters in der gleichen Art unterrichtet worden.

B. Die Auswirkung auf den Depotbankvertrag

Der Depotbankvertrag wird von der Auflösung des Investmentfonds ebenfalls betroffen. Zwar sind, mit Ausnahme des Falles von Art. 28 I lit. c AFG, Fondsleitung und Depotbank weiterhin für Rechnung der Anleger tätig, jedoch ist nunmehr Zweck des Depotbankvertrages nicht mehr die Verwaltung des Investmentfonds, sondern seine Abwicklung durch Einziehung und Veräußerung der Fondswerte. Damit wandelt sich die Beauftragtengesellschaft zu einer Abwicklungsgesellschaft.

Die Umwandlung zur Abwicklungsgesellschaft erfolgt parallel mit dem Wirksamwerden der Auflösung des Investmentfonds nach Art. 28 AFG. Es handelt sich damit um eine Auflösung der Beauftragtengesellschaft i. S. d. Art. 545 I Ziff. 1 OR.

Die Abwicklung der Geschäfte im Zusammenhang mit der Liquidation des Investmentfonds wird gemäß Art. 550 II OR von der Fondsleitung bzw. Depotbank je nach ihren entsprechenden Geschäftsführungsbefugnissen erledigt. Falls für einen der Gesellschafter gemäß Art. 45 I AFG ein Sachwalter eingesetzt wird, so wird dieser nach Art. 46 II AFG von der Aufsichtsbehörde zum Mitliquidator ernannt.

Der Depotbankvertrag ist beendet, wenn nach Art. 30 II AFG das Liquidationsergebnis - unter Abzug der den Liquidatoren zustehenden Vergütungen und Aufwandsentschädigungen (1166) - an die Anleger verteilt ist.

§ 7 STÖRUNGEN DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Treten zwischen Fondsleitung und Depotbank hinsichtlich ihrer Zusammenarbeit bei der Verwaltung des Investmentfonds Störungen auf, so gelten dafür die allgemeinen Grundsätze des Gesellschafts- und des Auftragsrechts. (1167)

(1163) Art. 28 I lit. b 2. H. S. AFG.

(1164) Art. 28 I lit. a AFG.

(1165) Art. 28 I lit. c AFG.

(1166) Art. 16 I i. V. m. 18 IV, 45 III AFG.

(1167) Art. 538 II, III OR.

Wenn ein Verhalten beider Gesellschafter dem Anlagefonds und damit den Anlegern Schaden zugefügt hat, für den sie beide auch verantwortlich sind, so haften Fondsleitung und Depotbank gemäß Art. 26 AFG nach außen solidarisch; der Rückgriff unter den beiden Fondsverwaltern wird durch den Richter nach seinem Ermessen bestimmt.
(1168)

3. ABSCHNITT: DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - ANLEGER

Zweites Rechtsverhältnis der Depotbank im Investmentdreieck ist jenes zum Kollektiv der Anleger, dem sie durch die Kollektivanlageverträge verbunden ist.

§ 1 DER ANLEGER

Für das Rechtsverhältnis Depotbank - Anleger ist nur derjenige Anleger, der sich als solcher gegenüber der Depotbank ausweisen kann.

I. Anspruch auf Ausgabe eines Anteilscheines

Nach Art. 20 AFG hat der Anleger, der mit der Beauftragtengemeinschaft seinen Investmentvertrag geschlossen hat, Anspruch auf Ausgabe eines seine Rechte verbriefenden Anteilscheines, sobald er den Ausgabepreis an die Depotbank entrichtet hat.
(1169)

Der Anteilschein ist ein Wertpapier, und zwar ein nennwertloses Wertpapier. Er kann auf Namen oder Inhaber lauten. Entsprechend können Anteilscheine Order- oder Inhaberpapiere sein. (1170) Die im Anteilschein verkündeten Rechte sind die obligatorischen Rechte des Anlegers aus seinem Investmentvertrag auf Beteiligung am Investmentfonds sowie auf dessen Verwaltung durch die Fondsleitung und die Depotbank.
(1171)

II. Legitimation

Während der Anleger durch die Unterzeichnung des Anteilscheines bzw. durch die Veröffentlichung des Depotbankwechsels oder die Änderung des Fondsreglements (1172) stets weiß oder wissen muß, welche Bank seine Depotbank ist, ist er der Depotbank gegenüber regelmäßig anonym.

(1168) Vgl. Art. 143 II, 144 ff. OR; 51 OR.

(1169) S. dazu o. S. 177 für das deutsche Recht.

(1170) Im schweizerischen Sprachgebrauch werden erstere auch "Ordre"-Papiere genannt, vgl. Art. 20 II 2. H. S. AFG.

(1171) Vgl. Art. 20 I i. V. m. 18 IV AFG sowie o. S. 207.

(1172) Vgl. Art. 20 IV, 19 IV, 10 I, III AFG.

Was die Ausgabe des Anteilscheines betrifft, so kann sich der Anleger gegenüber der Depotbank nur dadurch legitimieren, daß er sich z. B. durch Vorlage des schriftlich abgeschlossenen Kollektivanlagevertrages auf seinen Anspruch auf die Aushändigung des Anteilscheines beruft; in der Praxis stellt sich die Legitimierungsfrage jedoch gewöhnlich nicht, da Abschluß des Investmentvertrages, Zahlung des Ausgabe-preises und Aushändigung des Anteilscheines im allgemeinen Zug um Zug erfolgen. Sobald der Anleger seinen Anteilschein übereignet erhalten hat, kann er sich nur noch durch diesen legitimieren. Gleiches gilt für die Anleger, die sich durch Erwerb eines Anteilscheines von einem anderen Anleger am Investmentfonds beteiligen. (1173)

III. Das Verhältnis zu den übrigen Anlegern

Der einzelne Anleger steht gewöhnlich weiteren Anlegern gegenüber, die sich ebenfalls durch den Abschluß von Investmentverträgen mit den Fondsverwaltern am gleichen Investmentfonds beteiligt haben. Es fragt sich daher, ob der Umstand, daß der einzelne Anleger Mitglied eines Kollektivs ist, auf seine Rechtsbeziehungen zur Depotbank von Einfluß ist.

Vor Erlaß des AFG war die Frage, in welchem Verhältnis die Anleger eines Investmentfonds zueinander stehen, Gegenstand lebhafter Diskussion. (1174) Die verschiedenen Versuche, gesetzlich geregelte Gemeinschaftsverhältnisse auch für das Investmentgeschäft heranzuziehen, wie etwa die Gläubigergemeinschaft der Anleiheobligationäre (Art. 1157 ff. OR), zielten auf den Schutz der Anleger, namentlich für den Fall der Änderung des Fondsreglements und der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Fondsverwalter. Diese Ziele sind aber im AFG positiv geregelt worden. Der Gesetzgeber konnte daher nicht nur aus rechtsdogmatischen, sondern auch aus rechtspolitischen Gründen von der Begründung einer Rechtsgemeinschaft der Anleger absehen und die Unabhängigkeit der einzelnen Kollektivanlageverträge voreinander erklären. (1175)

Dennoch besteht zwischen den Anlegern eines Investmentfonds eine tatsächliche Interessengemeinschaft, (1176) die darauf gerichtet ist, daß jeder Anleger durch seine Beteiligung am kollektiven Fondsvermögen die Fondsverwalter nach dem gleichen Formularvertrag verpflichtet und berechtigt, wie dies andere Anleger bereits getan haben

(1173) Die Ausführungen über die Anteilscheine im deutschen Investmentgeschäft gelten sinngemäß; vgl. o. S. 178 f. für das KAGG.

(1174) Vgl. hierzu die Übersicht bei Hirsch, Les fonds de placement, S. 49 ff.; ausführlich auch Lusser, S. 109 ff.

(1175) S. dazu o. S. 34. Vgl. a. BGE 93 I 654.

(1176) Vgl. zum Begriff Strässle, S. 44; Wüst.

oder in Zukunft tun werden. Dementsprechend haben die meisten Verwaltungsmaßnahmen der Fondsleitung sowie der Depotbank (1177) auch auf alle Anleger ihre Auswirkung. Rechtlich wirkt sich dieses tatsächliche Gemeinschaftsverhältnis aber nicht auf den einzelnen Anleger aus. (1178) Die Untersuchung des Rechtsverhältnisses Depotbank - Anleger kann daher auf den einzelnen Kollektivanlagevertrag beschränkt werden.

§ 2 DIE NATUR DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Grundlage des Rechtsverhältnisses Depotbank - Anleger ist gemäß Art. 8 I, II AFG der Kollektivanlagevertrag. Seine Natur ist gesetzlich als die eines besonderen Arbeitsvertrages (1179) qualifiziert; er untersteht gemäß Art. 8 III AFG den Vorschriften über den Auftrag, soweit das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Auch wenn dem einzelnen Anleger im Kollektivanlagevertrag zwei Beauftragte gegenüberstehen, die untereinander zu einer einfachen Gesellschaft verbunden sind, so hat jeder Fondsverwalter gegenüber dem Anleger eigene Rechte und Pflichten. Deshalb können Fondsleitung und Depotbank nur im eigenen Namen, nicht aber im Namen der Beauftragtengesellschaft handeln, (1180) da es sich um eine Innengesellschaft handelt. (1181)

Die Gemeinschaft der Anleger ist trotz der durch das Fondsreglement gewährleisteten Identität des Auftragsgegenstandes keine Auftraggebergemeinschaft i. S. d. Art. 403 I OR, mangelt es doch am Gemeinschaftswillen und der gemeinsamen Auftragserteilung. (1182)

§ 3 DER INHALT DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen Depotbank und Anleger ist durch das AFG - unter Vorbehalt abweichender Vereinbarungen gemäß Art. 8 IV AFG - weitgehend zwingend vorgeschrieben. Für den Kollektivanlagevertrag findet er im Fondsreglement seinen Niederschlag.

(1177) Unmittelbare Auswirkung auf die Gesamtheit der Anleger haben z. B. Anlagegeschäfte, mittelbare Auswirkung ist bei Einlösung eines Gewinnanteilscheins gegeben.

(1178) Vgl. auch Art. 23 I AFG.

(1179) Vgl. dazu Gautschi, Art. 394 N 2.

(1180) Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen die Fondsverwalter gemeinschaftlich zu handeln haben, wie in Art. 9 I, III, 20 IV AFG.

(1181) S. o. S. 201.

(1182) Vgl. Gautschi, Art. 403 N 6 b, c; Becker, Art. 403 N 2 ff.

Das AFG verwendet die meisten Bestimmungen des zweiten Titels, der die Bezeichnung "Der Kollektivanlagevertrag" trägt, auf die Umschreibung der Rechte und Pflichten der Fondsleitung und begnügt sich bezüglich der Depotbank neben Einzelvorschriften mit der Generalklausel des Art. 18 IV AFG. Nichtsdestoweniger obliegt den Fondsverwaltern nach Art. 11 I, II lit. a AFG bei der Aufstellung des Fondsreglements - Art. 9 I AFG - die einläßliche und klare Umschreibung der "Obliegenheiten der Depotbank." Es reicht daher nicht aus, wenn sich das Fondsreglement beschränkt, der Depotbank die "Erfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben" zu übertragen, ohne diese einzeln aufzuführen. Namentlich für den Fall, daß die Depotbank weitergehende Überwachungsaufgaben übernehmen soll, sind diese gemäß Art. 18 III i. V. m. 11 I AFG "einläßlich und klar zu umschreiben."

I. Die Pflichten der Depotbank

Die Pflichten der Depotbank gegenüber dem Anleger sind synallagmatische Pflichten aufgrund des Kollektivanlagevertrages. Sie sind weitgehend mit den Geschäftsführungsaufgaben der Depotbank aus dem Depotbankvertrag mit der Fondsleitung identisch.

A. Die Aufbewahrung des Investmentfonds

Die Depotbank ist dem Anleger nach Art. 18 I AFG zur Aufbewahrung des Fondsvermögens verpflichtet. Inhaltlich unterscheidet sich diese Pflicht nicht von jener aus dem Depotbankvertrag. Es kann somit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. (1183)

B. Die Verwaltung des Fondsvermögens

Hinsichtlich der einzelnen Verwaltungsaufgaben, welche die Depotbank auf Grund des Depotbankvertrages mit der Fondsleitung arbeitsteilig durchführt, (1184) können der Depotbankvertrag einerseits und der Kollektivanlagevertrag andererseits divergieren.

Nach dem AFG sind nur die Durchführung des Zahlungsverkehrs, die Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine und die Führung des Anteilscheinbuches die Pflichten der Depotbank gegenüber den Anlegern aus dem Kollektivanlagevertrag. (1185)

Alle übrigen Verwaltungsaufgaben fallen gemäß der Zuständigkeitsvermutung des Art. 12 I AFG in den Aufgabenbereich der Fondsleitung und damit in das Rechtsverhältnis Fondsleitung - Anleger.

(1183) S. o. S. 208 ff.

(1184) S. dazu o. S. 208.

(1185) Art. 18 II AFG, 20 AFV.

Dessenungeachtet kann die Fondsleitung der Depotbank im Depotbankvertrag Verwaltungsaufgaben überlassen. Gegenüber dem Anleger bleibt sie indes im Rahmen des Art. 12 I AFG weiterhin verantwortlich. Damit ist Art. 12 I AFG eine Einschränkung zu Art. 398 III OR, wonach der Aufgabenbereich der Depotbank gegenüber den Anlegern durch das Fondsreglement, durch die Umstände oder durch die ständige Übung erweitert, aber auch eingeschränkt werden könnte. Weicht der Depotbankvertrag also von den gesetzlich vorgeschriebenen und im Fondsreglement nach Art. 11 II lit. a AFG für die Depotbank konkretisierten Verwaltungsaufgaben ab, so ist das für das hier zu behandelnde Rechtsverhältnis ohne Bedeutung. (1186)

Hat die Depotbank also für eine Verwaltungsaufgabe Dritte hinzugezogen oder ist sie von der Fondsleitung im Depotbankvertrag mit weiteren Verwaltungsaufgaben betraut worden, so haftet sie im ersten Fall den Anlegern gegenüber für die hinzugezogenen Hilfspersonen; im zweiten Fall ist sie selbst nur Hilfsperson der Fondsleitung gegenüber den Anlegern.

Die Depotbank ist den Anlegern aus den Kollektivanlageverträgen also nur im Rahmen des Fondsreglements zur Verwaltung des Investmentfonds verpflichtet. (1187)

C. Die Kontrolle der Fondsleitung

Dritter Aufgabenbereich, den die Depotbank durch den Kollektivanlagevertrag vom Anleger übertragen erhält, ist die Überwachung der Fondsleitung bei der Verwaltung des Investmentfonds. Der Inhalt der Überwachungspflicht ist in Art. 18 I AFG in der Weise ausgedrückt, daß die Depotbank "dafür zu sorgen (hat), daß nach Gesetz oder Fondsreglement unzulässige Anlagen unterbleiben." Diese gesetzlich bestimmte Kontrollpflicht der Depotbank kann vertraglich erweitert werden: Art. 18 III AFG beläßt insoweit eine gewisse Vertragsfreiheit für die Kollektivanlageverträge und gestattet, daß das Fondsreglement der Depotbank weitere Überwachungspflichten auferlegt. (1188)

Die im AFG genannte und die im Fondsreglement zusätzlich aufgeführten Überwachungspflichten der Depotbank sind Leistungspflichten aus dem Kollektivanlagevertrag. Nicht zu verwechseln ist damit die Kontrollbefugnis der Depotbank gegenüber der Fondsleitung aus dem Depotbankvertrag, welche gesellschaftsrechtlicher Natur ist. (1189)

Die Pflicht der Depotbank aus dem Kollektivanlagevertrag zur Kontrolle der Fondsleitung ist notwendig enger, sie ist auf die im AFG bzw. im Fondsreglement genannten Pflichten beschränkt. Hingegen umfaßt die gesellschaftsrechtliche Kontrollbefugnis der Depotbank die gesamte Geschäftsführung der Fondsleitung hinsichtlich des Investmentfonds. (1190)

(1186) S. dazu a. o. S. 198.

(1187) Somit finden auch die AGB der Depotbank keine Anwendung, es sei denn, daß sie ausdrücklich im Fondsreglement als anwendbar erklärt sind.

(1188) Dies kann z. B. die Überprüfung der Anschaffungs- und Veräußerungspreise für Fondsanlagen sein. Vgl. Botschaft, S. 323. S. a. § 11 V KAGG.

(1189) S. o. S. 237, auch S. 206.

(1190) S. dazu o. S. 237.

Die auftragsrechtliche Überwachungspflicht der Depotbank wird inhaltlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht ausgeweitet. Die Treuepflicht der Depotbank (1191) bezieht sich nämlich nur auf die Durchführung der ihr im Kollektivanlagevertrag übertragenen Aufgaben; sie kann aber nicht zur Begründung weiterer Überwachungspflichten dienen.

Das Kontrollrecht der Depotbank aus dem Kollektivanlagevertrag ist wie jenes aus dem Depotbankvertrag ein formelles Kontrollrecht. (1192) Das bedeutet für die Kontrolle der Fondsanlagen nach Art. 18 I AFG z. B., daß sich die Depotbank nicht in die Anlagepolitik der Fondsleitung einmischen darf, wohl aber kraft Art. 16 AFG ihre Mitwirkung durch Sperrung des Investmentfonds gegenüber Verfügungen der Fondsleitung verweigern, wenn diese Befreiung von Verbindlichkeiten oder Ersatz von Aufwendungen verlangt, welche sie hinsichtlich unzulässiger Anlagen gemacht hat

D. Auskunftserteilung

Nach Art. 400 I OR wäre die Depotbank jedem Anleger gegenüber verpflichtet, "auf Verlangen jederzeit über (ihre) Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen." Nach Auftragsrecht hätte der Anleger also ein uneingeschränktes Auskunftsrecht gegenüber der Depotbank hinsichtlich ihrer Geschäftsführung aus dem Kollektivanlagevertrag. (1193)

Das Auskunftsrecht des Anlegers ist aber in Art. 22 AFG beschränkt, der über Art. 18 IV AFG auch für die Depotbank gilt.

Danach ist die Depotbank nur dann dem Anleger gegenüber zur Auskunftserteilung verpflichtet, wenn dieser ein "berechtigtes Interesse ... glaubhaft macht." (1194) Berechtigt ist das Auskunftsinteresse des Anlegers immer dann, wenn ihm rechtlich ein Anspruch auf Auskunftserteilung zusteht. Nach den Grundsätzen des Auftragsrechts ist jedes Informationsbegehren, das den Auftragsgegenstand betrifft, rechtlich geschützt. (1195) Art. 22 I AFG beschränkt indes die Zulässigkeit des Auskunftsrechtes auf einzelne Geschäftsvorfälle abgelaufener Jahre oder die Grundlagen der Berechnung

(1191) Art. 14 I i. V. m. 18 IV AFG. S. a. u. S. 265.

(1192) Zum Begriff s. o. S. 138 ff., 237 ff.

(1193) Vgl. dazu das vor Inkrafttreten des AFG ergangene Urteil des Appellationsgerichtes Basel-Stadt v. 6. 12. 1966 in SJZ 63 (1967), S. 39 ff. (41), wonach die Substantiierungspflicht der Fondsverwaltung soweit geht, wie dies erforderlich ist, damit die Anleger nachprüfen können, ob der Investmentfonds pflichtgemäß verwaltet wurde.

(1194) Vgl. Art. 970 II ZGB; Guldener, S. 342 N 24. S. a. Botschaft, S. 296 und, in m. E. zu enger Auslegung dieses Merkmals, S. 324.

(1195) Vgl. Gautschi, Art. 400 N 38 b.

des Ausgabe- und Rücknahmepreises der Anteilscheine. (1196) Damit verbleibt dem Anleger neben dem Recht auf Veröffentlichung des Rechenschaftsberichtes - Art. 15 II AFG - ein nur sehr begrenztes individuelles Auskunftsrecht.

An das Erfordernis der Glaubhaftmachung des Auskunftsinteresses dürfen keine besonderen Ansprüche gestellt werden; da es sich zwischen Anleger und Depotbank um ein fiduziarisches Rechtsverhältnis handelt; ist grundsätzlich jedes Auskunftsbegehren des Anlegers legitimiert. (1195) So muß der Anleger nicht etwa geltend machen oder gar Beweis antreten, es läge ein Verstoß der Depotbank gegen ihre Treue- und Sorgfaltspflicht vor. Er braucht nicht einmal eine solche Vermutung zu geben. Ist sein Auskunftsbegehren nach Art. 22 I AFG vom Gegenstand her berechtigt, so muß ihm stattgegeben werden.

Die Depotbank ist nur bezüglich ihres im Kollektivanlagevertrag festgelegten Aufgabenbereiches dem Anleger zur Auskunft verpflichtet. Sollte sich der Anleger an den unzuständigen Fondsverwalter gewandt haben, so ist dieser zur Weiterleitung der Anfrage an den zuständigen Verwalter verpflichtet. (1197)

Der Umfang der Auskunftspflicht der Depotbank ist in Art. 22 II AFG ebenfalls gegenüber Art. 400 I OR eingeschränkt. Die aufgrund der Auskunftspflicht der Depotbank "erforderlichen Aufschlüsse" schließen nicht die Pflicht zur Gewährung der Einsichtnahme in Bücher und Korrespondenzen oder sonstige Aufzeichnungen in Zusammenhang mit der Fondsverwaltung ein; (1198) gleichwohl kann sie dies freiwillig tun oder aber auch dazu durch den Richter gemäß Art. 963 OR verpflichtet werden. (1199) Im übrigen bestehen keine Einschränkungen für die Auskunftspflicht der Depotbank, namentlich nicht eine Schutzvorschrift entsprechend Art. 697 III 2 OR zugunsten der Fondsverwalter, da diese ja ausschließlich im Interesse des auskunftsbegehrenden Anlegers bzw. der Gesamtheit der Anleger zu handeln haben. (1200)

(1196) Nach Ansicht des Bundesrates in Botschaft, S. 324, ist das Auskunftsinteresse weiterhin nur dann als berechtigt anzusehen, wenn mit dem konkreten Geschäftsvorfall verbundene Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche noch nicht verjährt sind. Diese Einschränkung muß aber abgelehnt werden, da sie aus dem auftragsrechtlichen Auskunftsrecht nicht herzuleiten ist, aber auch im AFG keine Grundlage hat.

(1197) Arg. Art. 14 I AFG.

(1198) Vgl. Art. 697 I, II OR.

(1199) Arg. Art. 22 III AFG i. V. m. Art. 14 IV AFG.

(1200) Eine Einschränkung des Auskunftsrechtes des einzelnen Anlegers ergibt sich nicht etwa daraus, daß die Loyalitätspflicht der Depotbank aus Art. 14 I i. V. m. 18 IV AFG der Gesamtheit der Anleger gilt. Da jeder einzelne Anleger unabhängig von den anderen seinen Kollektivanlagevertrag abschließt, hat er auch unabhängig von etwaigen Auswirkungen der zu erteilenden Auskunft auf die künftige Verwaltung des Investmentfonds ein individuelles Auskunftsrecht, das nur durch Art. 22 I, II AFG gegenüber Art. 400 I OR eine Einschränkung erfährt.

Kommt die Depotbank ihrer Auskunftspflicht nicht sachgemäß nach, so kann der Richter (1201) - unabhängig von der Möglichkeit zur Vorlage der Geschäftsbücher nach Art. 963 OR - verfügen, "daß die Revisionsstelle den abklärungsbedürftigen Sachverhalt untersucht und dem Anleger darüber einen Bericht erstattet." Durch diese Vorschrift wird das in Art. 22 II AFG stark beschnittene Auskunftsrecht des Anlegers wieder durchsetzbar. Der Bericht der Revisionsstelle hat sich nach den für die Depotbank aufgestellten Grundsätzen auszurichten. Eine summarische Berichterstattung der Revisionsstelle oder ein bloßer Bestätigungsvermerk über die Ordnungsmäßigkeit des betreffenden Vorgangs genügen dem Auskunftsinteresse des Anlegers in der Regel nicht.

E. Die Treuepflicht

Kernpflicht des Investmentgeschäftes - wie aller fiduziarischen Vermögensverwaltungen - ist die Treuepflicht. Sie ist im Randtitel zu Art. 14 AFG besonders hervorgehoben und besagt, daß die Depotbank bei ihrer Tätigkeit in Zusammenhang mit der Verwaltung des Investmentfonds - aufgrund des Kollektivanlagevertrages, des Depotbankvertrages oder aufgrund einzelner Aufträge der Fondsleitung für Rechnung der Anleger - ausschließlich das Interesse der Anleger verfolgen muß. (1202)

So dürfen weder die Depotbank noch die Mitglieder der Verwaltung und Geschäftsleitung, ihre Gesellschafter oder die ihnen nahestehenden Gesellschaften "vom Anlagefonds Anlagen auf eigene Rechnung übernehmen, noch ihm Anlagen aus eigenen Beständen abtreten, ausgenommen Wertpapiere zum geltenden Börsenpreis." (1203)

(1201) Das Verfahren bestimmt sich nach kantonalem Prozeßrecht; die materiellen Voraussetzungen sind jedoch im AFG abschließend festgelegt. Vgl. auch v. Steiger, Art. 775 N 25.

(1202) Der Depotbank ist jedoch ein gewisser Spielraum der Interessenabwägung zuzubilligen, und zwar sowohl bezüglich der eigenen Interessen wie denen anderer Kunden, aber auch hinsichtlich weiterer von ihr verwalteter Investmentfonds. Vgl. dazu o.S. 63.

Im übrigen handelt es sich um den Grundsatz der getreuen Ausführung des Auftragsrechts. Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 398 N 4.

(1203) Vgl. dazu o.S. 242.

Hinsichtlich der Wertpapiere bedeutet der Grundsatz der Treuepflicht z. B., daß die Depotbank bei einem Auftrag seitens der Fondsleitung zur Anschaffung eines Postens bestimmter Wertpapiere gleichwohl ein Deckungsgeschäft über die Börse abschließen muß, sie also nicht aus eigenen Beständen liefern oder kompensieren darf, wenn zu erwarten ist, daß durch die Abwicklung über die Börse ein günstiger Impuls auf die weitere Kursentwicklung dieser Fondsanlage ausgeht. Indes sind solche mutmaßlichen Entwicklungen nicht in den Malmachweisbar, daß die Depotbank bei Selbsteintritt - im weiten Sinne des Art. 14 IV AFG - den Anlegern zum Ersatz eines bemessbaren Schadens verpflichtet würde.

Eine weitere Konkretisierung der Treuepflicht ist das Verbot der Verfolgung eigener Vermögensvorteile bei der Mitwirkung an der Fondsverwaltung, es sei denn, es handelt sich um die im Fondsreglement vorgesehenen Provisionen. (1204) Bedeutet dies, daß die Fondsverwalter ihre Provisionen beliebig ansetzen können? Denn nach dem Wortlaut des Art. 14 II AFG setzt das Verbot der Verfolgung eigener Vermögensvorteile erst nach Aufstellung des Fondsreglements ein. Wie aber der Grundsatz der Sorgfaltspflicht bei Vertragsverhältnissen seine Vorverlagerung unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo findet, so gilt für die **umfassendere** Pflicht zur getreuen Ausführung Entsprechendes: Die Fondsverwalter haben schon bei Aufstellung des Fondsreglements, dem Inhalt der später zum Abschluß kommenden Kollektivanlageverträge, die Pflicht zur Wahrung der Interessen der **Anleger**. Fondsleitung und Depotbank sind also verpflichtet, für sich im Fondsreglement nur die Provisionen zu beanspruchen, welche dem Kollektiv der Anleger billigerweise zuzumuten sind. (1205)

Daher kann die Depotbank z. B. nicht die gewöhnlichen Depotgebühren für die bei ihr hinterlegten Fondswerte verlangen, sondern sie muß einen Gebührentarif zur Anwendung bringen, der der Größenordnung des Investmentfonds Rechnung trägt. Sie hat dabei aufgrund der Treuepflicht also solche Gebühren im Fondsreglement festzulegen, welche das Kollektiv der Anleger mit ihr - hypothetisch - vereinbaren würde.

Problematisch wird es, wenn die Depotbank weiß, daß die Fondsleitung eine bestimmte Anlage, etwa Kauf von Aktien einer bestimmten Gesellschaft, tätigen will und darauf im eigenen Namen und für eigene Rechnung "vorkauft". In der Regel muß die Ausnutzung einer solchen Insider-Information als Verstoß gegen Art. 14 I AFG gewertet werden, auch wenn formal ein Verstoß gegen Art. 14 III AFG (1206) nicht vorliegt. Jedoch ist auch hier ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Vorkauf durch die Depotbank und der späteren Übernahme durch den Fonds praktisch nicht nachzuweisen. (1207)

(1204) Vgl. hierzu Art. 14 II AFG sowie die Definition in Art. 13 I, II AFV zum Begriff "Provisionen".

(1205) Bei Verstoß gegen diese vorvertragliche Treuepflicht müßte nach Art. 9 III AFG die Änderung des Reglements herbeigeführt werden.

(1206) Vgl. Art. 436 OR.

(1207) Schafft hingegen eine Depotbank vor Gründung eines Investmentfonds zwecks späterer Übernahme durch diesen ein Wertpapierportefeuille an und bewirkt sie dabei eine sukzessive Steigerung der Kursnotierung in diesen Papieren - die sich etwa durch einen recht engen Markt besonders kursempfindlich zeigen die ihr dann bei Übernahme des Portefeuilles durch die Fondsleitung alsdann einen Kursgewinn einbringt, so wird man hierin wohl kaum eine Treuepflichtverletzung gegenüber den künftigen Anlegern erblicken können.

II. Die Pflichten der Anleger

Den Randtiteln der Art. 20 ff. AFG zufolge, die der Rechtsstellung des Anlegers im Kollektivanlagevertrag gewidmet sind, hat der Anleger des schweizerischen Investmentgeschäftes ausschliesslich Rechte, nicht aber auch Pflichten gegenüber den Fondsverwaltern und damit auch gegenüber der Depotbank. Indes hat der Anleger zwecks Beteiligung am Investmentfonds den Ausgabepreis für seinen Anteilschein an die Depotbank zu entrichten, was auf eine vertragliche Leistungspflicht des Anlegers deutet. Schließlich ist auch aus Art. 16 II 2. H. S. AFG zu entnehmen, daß die Anleger Verpflichtete der Ansprüche der Fondsverwalter auf Vergütung, Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten und auf Ersatz von Aufwendungen sind.

Es ist daher zu untersuchen, ob folgende Leistungen des Anlegers synallagmatische Pflichten aus dem Kollektivanlagevertrag sind:

- Zahlung des Ausgabepreises (1208)
- Zahlung der Vergütung und des Aufwendungsersatzes (1209)

A. Die Zahlung des Ausgabepreises

Wenn sich die Fondsverwalter gemäß Art. 8 I, II AFG durch den Kollektivanlagevertrag verpflichten, "den Anleger nach Maßgabe seiner Einzahlungen an einem Anlagefonds zu beteiligen und diesen ... gegen Entgelt zu verwalten," und wenn der Anleger seinerseits nach Art. 20 I AFG "durch seine Einzahlung Forderungen gegen die Fondsleitung auf Beteiligung am Vermögen und am Ertrag des Anlagefonds (erwirbt)", ist zu vermuten, daß zwar das Entgelt Gegenstand der synallagmatischen Pflichten des Anlegers ist, nicht aber die Zahlung des Ausgabepreises, die gemäß Art. 18 II AFG an die Depotbank zu leisten ist. (1210)

Der Kollektivanlagevertrag ist ein synallagmatischer besonderer Arbeitsvertrag, der auf die Verwaltung der Beteiligung eines Anlegers am Investmentfonds durch die Fondsverwalter gerichtet ist. (1211)

Im Grundtypus des einfachen Auftrags - Art. 394 ff. OR - ist Auftragsgegenstand nicht eine Sache wie bei den Gebrauchsverträgen Miete, Pacht oder Darlehen, sondern Arbeit, Dienstleistung oder Geschäftsbesorgung. (1212) Dementsprechend sind die synallagmatischen Leistungspflichten des Auftraggebers auch nur nach Art. 394 III OR die Zahlung der Vergütung, nach Art. 402 I OR der Ersatz von Aufwendungen bzw. die Befreiung von Verbindlichkeiten und nach Art. 402 II OR gegebenenfalls die Leistung von Schadensersatz.

(1208) Art. 20 II i. V. m. 18 IV AFG.

(1209) Art. 16 AFG, 13 I, II AFG.

(1210) S. O. S. 229 f.

(1211) S. O. S. 193 ff.

(1212) Vgl. Gautschi, Auftrag und Geschäftsführung, S. 45.

Der Kollektivanlagevertrag als besonderer Arbeitsvertrag hat nun aber einen komplexen Auftragsgegenstand, indem nämlich nicht nur eine Arbeitsleistung an sich verlangt wird, sondern eine besondere Vermögensverwaltung, die investmentmäßige Anlage und Verwaltung der Einzahlung des Anlegers. Es geht also um die Frage, wie diese Einzahlung in den gegenseitigen Vertrag zwischen Anleger und Beauftragten-gemeinschaft einzuordnen ist.

Bei sehr vereinfachter Darstellung des Investmentgeschäftes könnte man eine Ähnlichkeit mit einem Hinterlegungsverhältnis nach Art. 472 OR sehen. (1213) Im schweizerischen Hinterlegungsvertrag ist der Hinterleger nicht zur Hinterlegung verpflichtet, (1214) so daß man unter diesem Aspekt die Zahlung des Ausgabepreises nicht als Leistungspflicht des Anlegers ansprechen dürfte. Da die Einzahlung des Anlegers gemäß Art. 20 III AFG als Barzahlung zu leisten ist, (1215) besteht auch eine gewisse Ähnlichkeit des Investmentgeschäftes mit partiarischen Darlehensgeschäften, wo der Darleiher am Erfolg seiner Investition beteiligt ist und nicht nur den Anspruch auf Rückgabe des geleisteten Kapitalbetrages hat. Im schweizerischen Darlehensvertrag nach Art. 312 OR ist nun aber die Hingabe des Kapitalbetrages synallagmatische Leistungspflicht des Darlehensgebers. (1216) Es ist daher möglich, die Zahlung des Ausgabepreises als gleichfalls synallagmatische Leistungspflicht im Investmentvertrag anzusehen, wenn sie mit der Gebrauchsüberlassung des Kapitals beim Darlehen gleichzusetzen ist.

Das Investmentgeschäft unterscheidet sich vom bankgeschäftlichen Verwahrungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft einerseits dadurch, daß es nicht ins Belieben des Anlegers gestellt ist, in welchem Maße und ob er überhaupt die Dienste der Bank in Anspruch nimmt; auch geschieht die Verwaltung seines Vermögens nicht nach den allgemeinen Regeln der Vermögensverwaltung, die sich nach dem Gebot orientieren, Vermögensverluste zu vermeiden, (1217) sondern nach einem sehr konkreten Plan, dem Fondsreglement. Vom Darlehen unterscheidet sich das Investmentgeschäft dadurch, daß der Anleger zwar einen bestimmten Kapitalbetrag für seine Beteiligung am Investmentfonds hinzugeben hat, daß er dann aber neben seinem Anspruch auf Erfolgsbeteiligung durch die Ertragsausschüttungen pro Abrechnungszeitraum keinen Anspruch auf Rückgabe des überlassenen Kapitals hat, sondern nur auf den wirtschaftlichen Wert, den die Fondsverwalter aus dem überlassenen Kapital erarbeitet haben; (1218) indes geht sein Auszahlungsanspruch auch wieder auf Geld: das in Sachwerten anzulegende Beteiligungsvermögen des Anlegers hat bei seiner Rückzahlung wieder in liquides Kapital zurückverwandelt zu werden.

(1213) Hinterlegung und Auftrag berühren sich ohnehin, vgl. Gautschi, a. a. O.

(1214) Vgl. Guhl, S. 401, S. a. o. S. 155 f.

(1215) S. o. S. 258.

(1216) Vgl. Guhl, S. 319 ff.

(1217) Vgl. dazu o. S. 2 f. zur Abgrenzung von anderen Kapitalmarktgeschäften.

(1218) S. o. S.

So erscheint das Investmentgeschäft als eine Form der Kapitalanlage, die ihren Ausgang von der traditionellen Vermögensanlage genommen hat, (1219) sich aber im Ergebnis als eine Parallelentwicklung und Verfeinerung des Partialdarlehens erweist. Es muß daher gestattet sein, für den Kollektivanlagevertrag, der gemäß Art. 8 III AFG auftragsrechtlichen Ursprungs ist, einen Inhalt zu übernehmen, der in das Darlehensvertragsrecht gehört. Denn Kollektivanlagevertrag wie Darlehensvertrag gehen davon aus, daß der sein Kapital den Fondsverwaltern bzw. dem Darlehensnehmer überlassende Anleger einen bestimmten Betrag zu entrichten hat, nämlich den Gegenwert des Anteilscheines bzw. die Darlehenssumme.

Wollte man schließlich dennoch ablehnen, daß die Pflicht des Anlegers zur Zahlung des Ausgabepreises nach Art. 20 III AFG eine synallagmatische Leistungspflicht ist, so müßte man den komplexen Ausgabepreis getrennt werten: die dem Inventarwert des mit Abschluß des Kollektivanlagevertrages erworbenen Anteils, die Beteiligung am Investmentfonds, entsprechende Preiskomponente beruhte dann nicht auf einer Leistungspflicht des Anlegers, wohl aber der Aufschlag, der - in Art. 13 I AFV als Ausgabekommission bezeichnet - je nach Gestaltung des Fondsreglements Vergütung i. S. d. Art. 394 III OR oder Aufwandsersatz i. S. d. Art. 402 I OR ist, (1220) also Gegenstand vertraglicher Leistungspflicht des Anlegers.

Damit steht also fest, daß sich der Anleger mit Abschluß des Kollektivanlagevertrages Fondsleitung und Depotbank gegenüber zur Zahlung des Ausgabepreises verpflichtet, welcher von der Fondsleitung gemäß Art. 12 III i. V. m. 11 II lit. c-e AFG festzusetzen und gemäß Art. 18 II AFG an die Depotbank zu entrichten ist. (1221) Die Pflicht zur Einzahlung des Ausgabepreises ist eine Leistungspflicht des Anlegers der Depotbank gegenüber.

B. Die Zahlung der Vergütung und des Aufwandsersatzes

Die Anleger haben der Depotbank die ihr im Fondsreglement nach Art. 11 II lit. e AFG, Art. 13 AFV festgesetzten Vergütungen zu zahlen sowie die erforderlichen Aufwendungen i. S. d. Art. 16 I AFG zu ersetzen. Es handelt sich hierbei um die auftragsrechtliche Vergütungs- und Aufwandszahlung der Art. 394 III, 402 I OR. Jeder einzelne Anleger ist nach Maßgabe seiner Beteiligung am Investmentfonds zur Tragung der Kosten der Fondsverwaltung auf Seiten der Depotbank verpflichtet. (1222)

Die Anleger haften für diese Ansprüche der Depotbank nicht persönlich. Haftungssubstrat ist gemäß Art. 16 II AFG ausschließlich der Investmentfonds, für den einzelnen Anleger also seine Beteiligung am Investmentfonds. (1223)

(1219) S. o. S. 4 f., 9 f.

(1220) S. o. S. 230 f.

(1221) S. o. S. 225.

(1222) Arg. Art. 8 I, II i. V. m. 16 AFG.

(1223) Entsprechendes gilt für die Depotbank des deutschen Investmentgeschäftes.

Vgl. o. S. 112.

Im Unterschied zum sonstigen Bankgeschäft, wo die Depotbank ihre Ansprüche aus dem jeweiligen Bankvertrag durch Verrechnung geltend machen kann, ihr aber der Bankkunde zusätzlich noch persönlich haftet, ist die Depotbank hinsichtlich ihrer Vergütungs- und Ersatzansprüche allein auf den in ihrem Besitz befindlichen Vermögenskomplex angewiesen. In der Praxis bedeutet dies jedoch kein besonderes Risiko für die Depotbank. (1224)

§ 4 DIE BEGRÜNDUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Das Rechtsverhältnis Depotbank - Anleger kommt auf zwei verschiedene Arten zustande, und zwar durch:

- Abschluß des Kollektivanlagevertrages
- Zweiterwerb des Anteilscheines

I. Abschluß des Kollektivanlagevertrages

Der Anleger, der mit der Fondsleitung und der Depotbank seinen Investmentvertrag abschließt, begründet sein Rechtsverhältnis mit der Depotbank im Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieses individuellen Kollektivanlagevertrages, d. h. mit dem rechtswirksamen Vertragsschluß. Der Kollektivanlagevertrag ist ein gegenseitiger Vertrag; er ist bezüglich seines Abschlusses von den inhaltlich gleichlautenden Kollektivanlageverträgen der übrigen Anleger des Investmentfonds unabhängig. Für den Vertragsschluß gelten die allgemeinen Regeln der Art. 1 ff. OR.

Die Barzahlung des Ausgabepreises des gezeichneten Anteils ist keine Bedingung der Wirksamkeit des Vertragsschlusses. Es handelt sich hierbei vielmehr um die Leistungspflicht des Anlegers aus dem wirksam zustande gekommenen Kollektivanlagevertrag. (1225)

II. Zweiterwerb des Anteilscheines

Da der Anteilschein ein Wertpapier ist und gemäß Art. 20 AFG den gesamten Inhalt des Kollektivanlagevertrages enthält und wertpapiermäßig verbrieft, begründet der rechtswirksame Erwerb eines Anteilscheines - Art. 967 ff. OR - durch einen Anleger im Zweiterwerb ebenfalls das Rechtsverhältnis Depotbank - Anleger. Aus der Sicht der Depotbank handelt es sich jedoch um eine Änderung des Rechtsverhältnisses, indem an die Stelle des alten Anlegers der neue Anleger bzw. rechtmäßige Anteilscheininhaber tritt. (1226)

(1224) Die Depotbank kann allerdings nicht ohne weiteres die ihr zustehenden Beträge aus dem Fondsvermögen entnehmen; sie bedarf dazu der Zustimmung der Fondsleitung. Vgl. dazu o. S. 232.

(1225) S. o. S. 267 ff. (269).

(1226) Vgl. dazu u. S. 273.

§ 5 DIE ÄNDERUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSES

Das Rechtsverhältnis der Depotbank zum einzelnen Anleger kann seinem Inhalt nach sowie in der Person der Vertragspartner geändert werden. Diese Änderungen erfolgen durch:

- Änderung des Fondsreglements
- Depotbankwechsel
- Übertragung des Anteilscheines

I. Änderung des Fondsreglements

Eine Änderung des Fondsreglements ist zugleich eine Änderung des Kollektivanlagevertrages und damit auch eine Änderung des Rechtsverhältnisses der Depotbank zum Anleger. Während im Vertragsrecht eine einseitige Änderung des Vertragsinhaltes grundsätzlich nicht möglich ist, hat das AFG in Art. 9 III, 10 AFG ein besonderes Verfahren zur einseitigen Änderung des Fondsreglements durch die Beauftragtenseite zur Verfügung gestellt. (1227)

Der Anleger hingegen hat keine Möglichkeit, an der Änderung des Kollektivanlagevertrages, der als Formularvertrag für das gesamte Anlegerkollektiv nur gleichzeitig für alle Anleger geändert werden kann, in eigener Initiative mitzuwirken. Der einzelne Anleger kann lediglich gemäß Art. 10 I AFG "Einwendungen schriftlich oder in der Verhandlung auch mündlich" gegen die von der Beauftragtengesellschaft einseitig beantragte Änderung anbringen. Insbesondere ist eine einseitige oder vertragliche Änderung aufgrund einer Kollektiventscheidung der Anleger unmöglich, da den Anlegern eine gemeinschaftliche Struktur fehlt und ihnen überdies im AFG keinerlei kollektive Befugnisse eingeräumt sind. (1128)

Durch das in Art. 10 I, III AFG vorgesehene Veröffentlichungsverfahren kann der Anleger von der Änderung seines Rechtsverhältnisses zur Depotbank in der Regel dreimal Kenntnis nehmen. Da die Anteilscheine nach Art. 20 IV AFG das jeweils gültige Fondsreglement zu enthalten haben, hat die Depotbank im übrigen unverzüglich nach Änderung des Fondsreglements, spätestens aber in Zusammenhang mit der Einlösung des nächstfälligen Gewinnanteilscheines, einen neuen Anteilschein auszugeben oder durch Änderung auf dem alten Anteilschein dem neuen Inhalt des Kollektivanlagevertrages Rechnung zu tragen.

II. Depotbankwechsel

Der Depotbankwechsel (1229) ändert das Rechtsverhältnis insofern, als der Kollektivanlagevertrag des Anlegers auf die neue Depotbank übergeht, diese also im Rechtsverhältnis zum Anleger an die Stelle der alten Depotbank tritt.

(1227) S.o. S. 245 ff.

(1228) S.o. S. 207, 259.

(1229) S. dazu o. S. 249 ff.

Bei der Änderung des Rechtsverhältnisses durch Depotbankwechsel gelten die gleichen Publizierungspflichten wie im vorgenannten Fall der Änderung des Fondsreglements. (1230)

III. Einsetzung eines Sachwalters

Überträgt die Aufsichtsbehörde gemäß Art. 46 I AFG nicht die Kollektivanlageverträge auf die neue Depotbank, sondern beauftragt sie nach Art. 46 II AFG den Sachwalter (1231) mit der Durchführung der von ihr beschlossenen Liquidation des Investmentfonds an Stelle der geschäftsunfähigen Depotbank, so fragt sich, ob dadurch das Rechtsverhältnis Depotbank- Anleger gleichfalls geändert wird.

Da der Sachwalter ab dem Zeitpunkt der Ernennung - Art. 45 I AFG - nicht der Weisung der Depotbank unterliegt, da diese ja geschäftsunfähig ist, sondern der Weisung der Aufsichtsbehörde (1232) und den Kollektivanlageverträgen, (1233) ist der Sachwalter der Depotbank nicht deren Hilfsperson (1234) sondern ihr Substitut kraft Hoheitsakt. Das Rechtsverhältnis des Anlegers wird also bereits durch die Einsetzung eines Sachwalters geändert, der kraft Hoheitsakt an die Stelle der geschäftsunfähigen Depotbank mit ihren Rechten und Pflichten aus den Kollektivanlageverträgen tritt.

(1230) Art. 19 IV, 10 III i. V. m. 20 IV AFG. Vgl. a. o. S. 271.

(1231) Vgl. o. S. 208, u. S. 324.

(1232) Die Aufsichtsbehörde ist dabei nicht verpflichtet, vor ihrem Entscheid nach Art. 46 AFG den Anlegern Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ob etwa die Fortführung oder Liquidation des Investmentfonds in ihrem Interesse liegt. Vgl. BGE 93 I 648.

Nach dieser Entscheidung des BG hätten die Anleger, da ihnen das AFG nur einen "beschränkten Einblick" in die Führung der Geschäfte der Fondsverwalter gewähre, in der Regel nicht die Möglichkeit, "zu der von der Aufsichtsbehörde vorzunehmenden Abklärung der Verhältnisse Wesentliches beizutragen." (BGE 93 I 655)

(1233) Arg. Art. 46 II 2. H. S. AFG.

(1234) Nach Art. 45 III erhält der Sachwalter seine Vergütung - und wohl auch den Ersatz seiner Aufwendungen - auf Entscheid der Aufsichtsbehörde hin aus dem Investmentfonds. Dabei könnte man den Sachwalter als Hilfsperson der Depotbank ansehen; auch wenn diese gemäß Art. 45 III 2. H. S. unter Umständen einen Teil der Vergütung für den Sachwalter zu tragen hat, schließt ihre Geschäftsunfähigkeit und damit der Mangel der Weisungsgebundenheit des Sachwalters dessen Qualifizierung als Hilfsperson der Depotbank aus.

IV. Übertragung des Anteilscheines

Auf Seiten des Anlegers kann das Rechtsverhältnis dadurch eine Änderung erfahren, daß der Anleger durch Übertragung des Anteilscheines auf einen anderen Anleger seine Beteiligung am Investmentfonds aufgibt und dieser Dritte nunmehr Träger der im Anteilschein verbrieften Rechte und damit Partei des Rechtsverhältnisses wird. Der Wechsel der Anleger durch Übertragung der Anteilscheine hat für die Depotbank keine praktische Auswirkung, vor allem, weil sie ihre Ansprüche aus den Kollektivanlageverträgen gegen die jeweiligen Anleger gemäß Art. 16 II AFG unmittelbar aus dem Fondsvermögen erfüllen kann. Auch bleibt ihr ein Anlegerwechsel regelmäßig unbekannt, wenn es sich um Inhaberpapiere handelt; sind die Anteilscheine des betreffenden Investmentfonds Orderpapiere, (1235) kann die Depotbank indes gelegentlich der Rücknahme nachträglich von erfolgten Übertragungen Kenntnis nehmen.

§ 6 BEENDIGUNG DES RECHTSVERHÄLTNISSSES

Das im Kollektivanlagevertrag begründete Rechtsverhältnis Depotbank - Anleger kann auf beiden Seiten beendet werden.

I. Beendigung auf Seiten des Anlegers

Der Anleger kann sein Rechtsverhältnis mit der Depotbank beenden durch:

- Übertragung des Anteilscheines
- Rückgabe des Anteilscheines

Die rechtswirksame Übertragung des Anteilscheines auf einen Dritten läßt sämtliche in diesem Wertpapier verbrieften Rechte und damit auch die Rechtsstellung des Anlegers gegenüber der Depotbank auf den neuen Anleger übergehen. Für den alten Anleger endet sein Rechtsverhältnis mit der Depotbank im gleichen Augenblick, in dem das Eigentum am Anteilschein auf den neuen Anleger übergeht.

Durch die Übertragung des Anteilscheines geht der Anleger aller Rechte gegen die Depotbank verlustig, insbesondere eventueller Schadensersatzansprüche aus der Zeit, in der er am Investmentfonds beteiligt war.

Wenn der Anleger nach Art. 21 I AFG seinen Kollektivanlagevertrag widerruft und dabei seinen Anteilschein zwecks Auszahlung seines Anteils am Investmentfonds zurückgibt, (1236) endet sein Rechtsverhältnis mit der Depotbank grundsätzlich im Augenblick seiner Barauszahlung. (1237)

(1235) Art. 20 II AFG i. V. m. Art. 967 II, 11 45 ff. OR.

(1236) S. dazu o. S. 227 ff.

(1237) Der Widerruf des Kollektivanlagevertrages ändert den Inhalt der Leistungs-

Ist die Depotbank dem Anleger, der seinen Anteilschein zurückgegeben hat, jedoch noch aus der Zeit, in welcher der Anteil im Umlauf war, zum Schadensersatz verpflichtet, so bleibt das Rechtsverhältnis auch nach der Rückzahlung insoweit aufrechterhalten.

Aufgrund der besonderen Verjährungsregelung des Art. 26 II AFG kann der Anleger aber längstens im auf die Auszahlung seines Anteils folgenden Jahr seine eventuellen Schadensersatzansprüche geltend machen, sofern ihn nicht schon vorher die zehnjährige Verjährungsfrist (1238) ab Schadensereignis an der Durchsetzung seiner Ansprüche hindert. Die in Art. 26 II AFG enthaltene Regelung setzt Ausschlußfristen für die Schadensersatzansprüche der Anleger. (1239) Macht der Anleger also nicht innerhalb der durch Art. 26 II AFG gesetzten Frist, spätestens aber bis Ablauf des auf die Rückzahlung folgenden Jahres, seine eventuellen Schadensersatzansprüche gegen die Depotbank geltend, so endet das Rechtsverhältnis Depotbank - Anleger mit Ablauf dieser Frist. (1240)

II. Beendigung auf Seiten der Depotbank

Die Depotbank ist nicht befugt, ihr Rechtsverhältnis mit einem einzelnen Anleger zu lösen, und zwar auch nicht im Falle der Mitwirkung der Fondsleitung. Jedes Ausscheiden der Depotbank aus der Fondsverwaltung kann nur sämtliche Kollektivanlageverträge betreffen. Fälle, die eine Beendigung der Beteiligung der Depotbank an der Verwaltung eines Investmentfonds aufgrund eines Ereignisses bei der Depotbank bewirken, sind:

- Verfügung des Richters auf Antrag von Fondsleitung oder Depotbank nach Art. 28 I lit. a AFG (1241)
- Kündigung der Depotbank gemäß Art. 28 I lit. b AFG (1242)
- Einsetzung eines Sachwalters nach Art. 45 I AFG (1243)
- Depotbankwechsel (1244)

pfligt der Depotbank, nicht aber führt er die sofortige Beendigung des Rechtsverhältnisses herbei. Schadensersatzansprüche des Anlegers gegen die Depotbank bleiben vom Widerruf unberührt.

(1238) Art. 26 II 1. H. S. AFG. Vgl. a. Art. 127 OR.

(1239) Zum Begriff vgl. Palandt-Danckelmann, Überbl. vor § 194 Anm. 4 a.

(1240) Denkbar ist auch, daß sich die Depotbank bei der Rückgabe von Anteilscheinen hinsichtlich eventueller Schadensersatzansprüche gegen sie und gegen die Fondsleitung eine Verzichtserklärung - z. B. durch Aufnahme einer solchen Klausel in das Rücknahmeformular - ausstellen läßt; dann erlöscht das Rechtsverhältnis im Zeitpunkt der Rückzahlung.

(1241) S. o. S. 273, S. a. Art. 29 II 1. Altern. AFG.

(1242) S. o. S. 273, S. a. Art. 29 I 2. Altern. AFG.

Nach Art. 29 AFG zieht die Beendigung des Rechtsverhältnisses durch die Depotbank mit Ausnahme der Alternative des Depotbankwechsels für die Anleger die Folge nach sich, daß sie so lange, wie die Auflösung des Anlagefonds nicht abgewendet ist, von ihrem Widerrufsrecht nach Art. 21 AFG keinen Gebrauch machen können; in Art. 29 II AFG ist zwar nur von der Rücknahme von Anteilscheinen die Rede, da jedoch der Rücknahmepreis nach Art. 21 III AFG erst am Tage der Auszahlung gegen Rückgabe des Anteilsscheines ausgezahlt werden darf, bedeutet Art. 29 AFG zugleich eine Suspendierung des Widerrufsrechtes.

Die Anleger erhalten von der Beendigung bzw. von der bevorstehenden Beendigung der Fondsverwaltung durch die Depotbank durch die jeweiligen Veröffentlichungen nach Art. 10 I, III 2. H. S. ; 28 II; 45 I AFG Kenntnis.

§ 7 LEISTUNGSSTÖRUNGEN

Das Auftragsverhältnis zwischen Depotbank und Anleger kann durch Nicht- oder durch Schlechterfüllung gestört werden. Die Rechtsfolgen bestimmen sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Auftragsrechtes, wobei jedoch das AFG vorgeht.

I. Leistungsstörungen seitens des Anlegers

Zahlt der Anleger nicht den Ausgabepreis des ihm nach dem Kollektivanlagevertrag zustehenden Anteilscheines am in diesem Vertrag festgesetzten Tag, (1245) so gerät er mit seiner Leistungserbringung in Verzug.

Die Depotbank kann demgemäß nach Art. 107, 108 Ziff. 3 OR vom Kollektivanlagevertrag zurücktreten. Da die Pflicht des Anlegers zur Zahlung des Ausgabepreises gegenüber beiden Fondsverwaltern besteht, kann der Rücktritt aber nur von beiden Be-

(1243) S. dazu o. S. 208, u. S. 321.

(1244) S. dazu o. S. 249 ff.

(1245) Gewöhnlich werden Abschluß des Kollektivanlagevertrages und Fälligkeit des Ausgabepreises zusammenfallen. Doch kann auch ein späterer Termin vereinbart werden. Da der Anleger vorleistungspflichtig ist, beginnen die Leistungspflichten der Fondsverwalter erst mit der Zahlung des Ausgabepreises durch den Anleger.

auftragten ausgesprochen werden. Es ist daher anzunehmen, daß der Depotbankvertrag eine Vereinbarung enthält, wonach die Depotbank im Verzugsfall zur Vertretung der Fondsleitung berechtigt ist.

Der Rücktritt vom Kollektivanlagevertrag dürfte die übliche Reaktion der Depotbank auf den Verzug des Anlegers sein. Ist der Depotbank ein Schaden durch den Verzug entstanden, so hat sie gemäß Art. 107 II 2, H.S. 1 Altern. OR Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die in Art. 107 II 1, H.S. OR genannte Rechtsfolge des Schuldnerverzuges, von ihm weiterhin Zahlung des Ausgabepreises und zusätzlich den Verzugsschaden zu verlangen, wird die Depotbank aus allgemeingeschäftlichen Überlegungen wohl kaum geltend machen.

Hinsichtlich der Pflicht zur Zahlung der Vergütung und des Aufwendungsersatzes an die Depotbank wird sich im allgemeinen ein Verzug nicht einstellen, da das Haftungssubstrat dieser Leistungsschuld, der Investmentfonds, gewöhnlich ausreichende Mittel enthält. Sollte der Fonds aber bei Vorliegen außergewöhnlicher Verhältnisse nicht ausreichende Mittel für die Ansprüche der Depotbank aus Art. 16 AFG enthalten, fragt sich, ob die Depotbank dann von allen Kollektivanlageverträgen des Investmentfonds zurücktreten kann, nachdem die Fondsleitung trotz angemessen gesetzter Frist der Depotbank keine Deckung aus dem Fonds zur Verfügung stellen konnte. (1246)

Art. 28 AFG nennt jedoch enumerativ die Auflösungsgründe für einen Investmentfonds, darunter seitens der Depotbank als rechtsgeschäftliche Maßnahme der Herbeiführung der Fondsauflösung z. B. die Kündigung der Fondsverwaltung mit einer Frist von 6 Monaten, sofern das Fondsreglement keine andere Regelung enthält. Daraus muß geschlossen werden, daß ein Rücktritt von sämtlichen Kollektivanlageverträgen bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung der Ansprüche der Depotbank aus Art. 16 AFG durch Art. 28 AFG ausgeschlossen ist.

II. Leistungsstörungen seitens der Depotbank

Die Depotbank kann gegenüber dem einzelnen Anleger ihre Pflichten aus dem Kollektivanlagevertrag allein oder zusammen mit der Fondsleitung verletzen. Gemäß Art. 26 I AFG kann sich der Anleger aber im vollen Umfang an die Depotbank halten, wenn die Fondsleitung für den in Frage stehenden Schaden mitverantwortlich ist; denn Depotbank und Fondsleitung haften ihm solidarisch.

Bei den von der Depotbank zu verletzenden Leistungspflichten sind sogenannte Kollektivpflichten und Individualpflichten zu unterscheiden. (1247)

Nach Art. 23 I i. V. m. 18 IV AFG kann der Anleger seine Ansprüche gegen die Depotbank auch dann geltend machen, "wenn die Klage Auswirkungen auf alle Anle-

(1246) Die Depotbank ist nicht befugt, durch Verrechnung ihre Ansprüche nach Art. 16 AFG aus dem Investmentfonds zu befriedigen; sie ist auf die Zustimmung oder Genehmigung durch die Fondsleitung angewiesen, vgl. o. S. 232.

(1247) Zur Verletzung der Pflichten der Depotbank vgl. ausführlich Lusser, S. 82 ff.

ger hat." Diese Vorschrift dient der Klarstellung, daß die Anleger keine Gläubigergemeinschaft im Rechtssinne bilden, sondern daß es sich im Investmentgeschäft um ein Bündel voneinander unabhängiger Investmentverträge handelt. (1248) Folglich hat das Gesetz auch dem individuellen Kollektivanleger eine Möglichkeit eröffnet, gegen die nicht ordnungsgemäße Erfüllung von Kollektivpflichten der Depotbank vorzugehen.

Hat die Depotbank dem Investmentfonds "widerrechtlich Vermögenswerte entzogen oder Vermögensvorteile vorenthalten, so geht die Klage auf deren Einwerfung in den Anlagefonds" (Art. 23 II AFG). Auch diese Vorschrift versteht sich aus dem Wesen des Investmentgeschäftes: Der Anleger kann, sobald er sich durch seine Einzahlung am Investmentfonds beteiligt hat, seinen "Ablieferungsanspruch" entsprechend Art. 400 I OR nur durch Ausübung seines Widerrufsrechts geltend machen; alles was bis dahin mit dem Investmentfonds in Beziehung steht, (1249) ist dem Verfügungsbe- reich des Anlegers entzogen und steht allein den Fondsverwaltern zu, namentlich also die Ansprüche auf die Erfüllungsleistung bzw. den Ersatz in Zusammenhang mit der Verwaltung des Investmentfonds.

Hat ein als Nicht- oder Schlechterfüllung zu qualifizierendes Verhalten der Depotbank dem einzelnen Anleger einen - individuellen - Schaden zugefügt, so haftet die Depotbank nach Art. 24 I AFG dem Anleger "für den ihm daraus entstehenden Schaden, sofern sie nicht beweist, daß ihr keinerlei Verschulden zur Last fällt." (1250) Verschulden ihrer Hilfspersonen hat die Depotbank nach Art. 24 II AFG wie eigenes Verschulden zu vertreten. (1251)

In Abweichung von den Grundsätzen der Artikel 100, 101 II OR ist eine Beschränkung der Haftung der Depotbank ausgeschlossen. So hat die Depotbank bei der Verwaltung des Investmentfonds namentlich leichte Fahrlässigkeit zu vertreten. (1252) Diese Haftung kann leicht im Hinblick auf die Treuepflicht des Art. 14 I AFG zum Tragen kommen.

Das Haftungsrisiko der Depotbank wird durch Art. 26 I AFG erhöht. Danach haftet sie für den Fall, daß für den gleichen Schaden auch eine andere Person verantwortlich ist, mit dieser solidarisch. Zwar kann sie im Innenverhältnis bei dieser dritten Person nach Maßgabe des Art. 26 I 2. H. S. AFG Rückgriff nehmen, aber sie läuft nach Art. 148 III OR - z. B. wegen der gewöhnlich geringen Eigenkapitalausstattung der Fondsleitung - Gefahr, den Schaden überwiegend oder auch ganz tragen zu müssen, wenn vom mithaftenden Schuldner der vom Richter bestimmte Betrag nicht zu erhalten ist.

(1248) Vgl. Hirsch, Überblick, S. 3; s. a. o. S. 259.

(1249) Vgl. dazu § 6 II KAGG sowie o. S. 106 ff.

(1250) Vgl. Art. 97 I OR.

(1251) Vgl. Art. 101 I OR.

(1252) Zum Begriff vgl. Art. 100 II OR.

3. TEIL: VERGLEICH BEIDER DREIECKS VERHÄLTNISSE

Nachdem die Rechtsstellung der Depotbank im Dreiecksverhältnis des Investmentgeschäftes nach deutschem und nach schweizerischem Recht untersucht worden ist, sollen nunmehr die wesentlichen Kriterien aufgezeigt werden, die für die Rechtsstellung der Depotbank innerhalb des Investmentdreiecks maßgebend sind.

§ 1 DIE RECHTLICHE STRUKTUR DER BETEILIGUNG DER DEPOTBANK AM INVESTMENTGESCHÄFT

Beim Vergleich des deutschen mit dem schweizerischen Investmentgeschäft fällt als erstes die unterschiedliche rechtliche Struktur ins Auge, die in KAGG und AFG für die Beteiligung der Depotbank am Investmentgeschäft besteht.

Im deutschen Investmentgeschäft ist die Depotbank von Gesetzes wegen an der Verwaltung eines Investmentfonds zu beteiligen. In der Schweiz ist die Mitwirkung einer Depotbank nur dann erforderlich, wenn das Investmentunternehmen, die Fondsleitung, selbst keine Bank ist.

Die Depotbank des KAGG ist Beauftragte der Kapitalanlagegesellschaft, des Investmentunternehmens, das kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung infolge seiner Geschäftstätigkeit Kreditinstitut ist. Rechtsgrundlage für das Verhältnis zur Kapitalanlagegesellschaft ist der Depotbankvertrag, ein besonderer Bankvertrag, dessen Inhalt durch das KAGG und die Vertragsbedingungen der Investmentverträge der Kapitalanlagegesellschaft mit den Anlegern weitgehend festgelegt ist. Gegenüber den Anlegern steht die Depotbank nicht in vertraglichen Beziehungen. Als Substitut der Kapitalanlagegesellschaft (1253) ist sie nur dieser gegenüber vertraglich verpflichtet. Dennoch haben die Anleger wegen der Natur des Depotbankvertrages als echter Vertrag zu Gunsten Dritter obligatorische Ansprüche gegen die Depotbank, die inhaltlich durch die Bestimmungen des KAGG und der Vertragsbedingungen abgegrenzt sind, im einzelnen aber von den Pflichten der Depotbank aus dem Depotbankvertrag abweichen können. (1254) Damit hat der Anleger eines deutschen Anlagefonds gegen beide Fondsverwalter obligatorische Ansprüche auf Durchführung der Fondsverwaltung. Rechtsgrundlage für den Anleger ist aber nur der Investmentvertrag mit der Kapitalanlagegesellschaft, der ihm dann allerdings die abgespaltenen obligatorischen Rechte aus dem Depotbankvertrag vermittelt, bezüglich derer ein echter Vertrag zugunsten Drit-

(1253) Vgl. o. S. 182 ff.

(1254) S. o. S. 180.

ter besteht. Demgemäß steht die Depotbank des deutschen Investmentgeschäftes, wenn man die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen und die Beendigung des Rechtsverhältnisses einmal vernachlässigt, den beiden anderen Dreieckspartnern, dem Investmentunternehmen und der Gemeinschaft der Anleger, mit inhaltlich praktisch identischen Leistungspflichten gegenüber. (1255)

Die schweizerische Depotbank ist zusammen mit dem Investmentunternehmen, der Fondsleitung, Beauftragter des Anlegers. Rechtsgrundlage ist der Kollektivanlagevertrag, in dem sich beide Fondsverwalter gemeinsam zur Durchführung des Investmentgeschäftes gegenüber dem Kollektiv der Anleger verpflichten. In der Beauftragten-gemeinschaft mit der Fondsleitung ist die Depotbank überdies gesellschaftsrechtlich mit ihr verbunden; der Gesellschaftsvertrag, als Depotbankvertrag bezeichnet, stimmt inhaltlich im wesentlichen mit den Kollektivanlageverträgen überein, kann aber gleichfalls wie der deutsche Depotbankvertrag von ihnen abweichen. (1256)

§ 2 DIE FUNKTIONEN DER DEPOTBANK

Was die Aufgaben der Depotbank im Investmentgeschäft betrifft, so sind diese von der rechtlichen Struktur der Beteiligung der Depotbank an der Fondsverwaltung grundsätzlich unabhängig. Die deutsche Depotbank hat - trotz ihrer rechtlich nur mittelbaren Stellung zu den Anlegern - für sie einen umfangreicheren Aufgabenkreis zu bewältigen als die - auf rechtlicher Ebene den Anlegern unmittelbar gemeinsam mit der Fondsleitung gegenüberstehende - Depotbank des schweizerischen Investmentgeschäftes.

Gemeinsam ist beiden Depotbanken die Durchführung der sogenannten materiell-technischen Verwaltung des Investmentfonds. (1257) Sie zerfällt in die Pflicht zur Inverwahrnahme der für Rechnung der Anleger erworbenen Vermögenswerte und jene zur Durchführung der eigentlichen Verwaltungsaufgaben. Sodann obliegt der deutschen wie der schweizerischen Depotbank die Überwachung des Investmentunternehmens bezüglich dessen arbeitsteiligen Verwaltungsbereiches. Die Kontrollkompetenzen sind im wesentlichen identisch, (1258) soweit es sich um die außergerichtliche Geltendmachung der Ansprüche der Anleger aus deren Investmentverträgen bzw. Kollektivanlageverträgen handelt. Indes hat die schweizerische Depotbank ein umfangreicheres formelles Kontrollrecht, das sie zur Verweigerung der Durchführung gewis-

(1255) S. o. S. 188 f.

(1256) S. o. S. 205 f.

(1257) S. dazu o. S. 66, 207 f.

(1258) Vgl. aber § 11 V KAGG, der nur im engen Rahmen des Art. 14 II AFG sein Gegenstück findet.

ser Verwaltungsaufgaben verpflichtet. Die deutsche Depotbank muß notfalls aber auch gerichtlich gegen die Kapitalanlagegesellschaft oder eine frühere Depotbank vorgehen. Weiterhin hat sie die Kapitalanlagegesellschaft vorübergehend zu ersetzen, wenn diese ihre Verwaltungsbefugnisse über den Investmentfonds verloren hat. Im schweizerischen Recht ist in diesem Fall der Sachwalter zuständig. (1259)

§ 5 DIE DEPOTBANK ALS RECHTLICHER TYPUS DES INVESTMENTGESCHÄFTES

Trotz der Unterschiede bezüglich rechtlicher Struktur und Aufgabenzuteilung für die Depotbank im Investmentdreieck des deutschen und des schweizerischen Rechtes läßt sich feststellen, daß die deutsche wie die schweizerische Depotbank die dieser Institution im Investmentgeschäft eignende Bedeutung hat. (1260) Man kann sogar die Einrichtung der Depotbank in beiden Rechtsordnungen als sogenannten rechtlichen Typus (1261) bezeichnen. Sie ist nämlich eine feste Einrichtung im Investmentgeschäft zur arbeitsteiligen Verwaltung von Investmentfonds zusammen mit dem Investmentunternehmen für Rechnung der Anleger. Auch wenn sich rechtsstrukturelle und rechtsfunktionelle Stellung der Depotbank in beiden Rechtsordnungen nicht decken, zeigt sich doch in den wesentlichen Merkmalen eine weitgehende Kongruenz: Die Depotbank ist eine mit einem gewissen Kapital versehene, dem jeweiligen Bankengesetz entsprechende Bank, die mit aufsichtsbehördlicher Genehmigung oder Bewilligung gemeinsam mit einem anderen, besonderen konstitutiven Vorschriften und gleichfalls aufsichtsbehördlicher Genehmigung oder Bewilligung unterliegenden Unternehmen, dem Investmentsunternehmen, arbeitsteilig den aus den Einzahlungen der Anleger gebildeten Fonds für deren Rechnung investmentmäßig mitverwaltet, indem sie die materiell-technische, insbesondere die bankmäßige Verwaltung des Investmentfonds durchführt, die Kontrolle über die Anlagedispositionen des Investmentunternehmens ausübt und dabei gegebenenfalls im Interesse der Anleger gegen dieses einschreitet.

Insbesondere verdient hervorgehoben zu werden, daß die wesentlichen Unterschiede in der Konzeption des deutschen und des schweizerischen Investmentgeschäftes bei seinem ordnungsgemäßen Ablauf für die Depotbank nicht zum Tragen kommen.

(1259) Vgl. o. S. 272.

(1260) S. dazu o. S. 47.

(1261) S. dazu o. S. 53.

KAPITEL III

DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN MEHREREN DEPOTBANKEN

Die Depotbank steht außerhalb des Dreiecksverhältnisses mit anderen Banken anlässlich der Durchführung des Investmentgeschäftes in Beziehung, welchen sie einen Teil der ihr zufallenden Aufgaben zur Ausführung überträgt. Gewöhnlich wird es sich bei diesen anderen Banken um Hilfspersonen der Depotbank im Verhältnis zu den anderen Dreieckspartnern handeln. (1262) Es ist aber auch möglich, daß sich mehrere Banken in die Rolle der Depotbank teilen, die Stellung der Depotbank also von mehreren Depotbanken gemeinsam eingenommen wird. (1263)

1. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT

I. Das Verbot mehrerer Depotbanken

Das deutsche Investmentgesetz bestimmt in § 11 I KAGG, daß die Kapitalanlagegesellschaft "e i n anderes Kreditinstitut (Depotbank)" an der Fondsverwaltung zu beteiligen hat. Damit lässt das KAGG für die ihm unterworfenen Investmentunternehmen nur die Zusammenarbeit mit einer einzigen Bank in der Stellung der Depotbank zu. (1264)

II. Die Rechtsstellung anderer beteiligter Banken

Die Depotbank des deutschen Investmentgeschäftes ist nicht gehalten, die ihr zufallenden Geschäfte persönlich abzuwickeln. Zwar gilt für den Depotbankvertrag der Grundsatz der persönlichen Ausführung als Auslegungsregel. (1265) Sie kann aber in gewissem Umfang Dritte mit der Ausführung ihrer Vertragspflichten aus dem Depotbankvertrag beauftragen.

Das Recht zur Hinzuziehung Dritter ist in § 11 III 2, 3 KAGG insoweit eingeschränkt, als die Depotbank die Verwahrung von Wertpapieren nur einer Wertpapiersammelbank

(1262) S. dazu u. S. 285 ff.

(1263) So hat die Société Internationale de Placements, Basel, den Schweizerischen Bankverein, Basel, und die Schweizerische Kreditanstalt, Zürich, als Depotbanken ihrer Investmentfonds.

(1264) Vgl. a. o. S. 56.

(1265) §§ 613, 675, 664 I BGB. Vgl. a. Palandt-Gramm, § 613 Anm. 1.

Zur Frage der Anwendbarkeit des § 664 I BGB im Rahmen des § 675 BGB vgl. o. S. 182.

i. S. d. § 1 III DepG oder unter gewissen Voraussetzungen einer ausländischen Bank anvertrauen kann. (1266)

Nach dieser Vorschrift erscheint es nicht statthaft, z. B. die Aufbewahrung, Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine, welche nach § 17 KAGG ebenfalls Wertpapiere sind und über § 6 II KAGG kraft Gesetzes zum Investmentfonds gehören, solange sie sich nicht in Umlauf befinden, an eine andere Bank zu vergeben, die nicht eine Wertpapiersammelbank ist. (1267)

Das KAGG gibt keine Anweisung, welche Rechtsstellung die erlaubterweise zuzieh-
baren Dritten innehaben. Ebenso dahingestellt bleibt die Frage, welche Haftungs-
grundsätze das Rechtsverhältnis der Depotbank zu einer dieser Drittbanken z. B.
regieren sollen. In Nr. 9 I AGB heißt es hierzu: "die Bank darf sich zur Ausführung
aller Geschäfte, wenn sie es nach ihrem besten Ermessen für zweckmässig hält,
Dritter ... bedienen. Folgt sie bei der Auswahl des Dritten einer Weisung des Kun-
den, so trifft sie keine Haftung, andernfalls haftet sie nur für sorgfältige Auswahl."
Sofern der Depotbankvertrag diesbezüglich keine abweichenden Bestimmungen ent-
hält, ist von der Regelung in den AGB auszugehen.

Der völlige Haftungsausschluß der Depotbank für eine dritte Bank ist nach Nr. 9 I,
II 1, H. S. AGB nur in den Fällen möglich, in denen sie den konkreten Weisungen der
Kapitalanlagegesellschaft folgt. (1268) Für alle sonstigen Fälle, in denen sich die
Depotbank zur Erfüllung ihrer ertragspflichten einer Drittbank bedient, würde sich
grundsätzlich die Haftung der Depotbank nach § 278 BGB - omnia culpa - oder nach
§ 611, 675, 664 I 2 BGB - culpa in eligendo et instruendo - richten. Da die Vielfalt
der Bankgeschäfte und das Streben nach weitestgehender Freizeichnung nach einer
einheitlichen Handhabung der Haftungsfragen verlangt, und zwar ohne Rücksicht auf
die im Einzelfall vielleicht strittige rechtliche Beziehung der Drittbank zum Kunden
der Depotbank, wird diese Freizeichnung der Banken allgemein anerkannt. (1269)
Indes verpflichtet sich die Depotbank bezüglich der in Sammelverwahrung gegebenen
Wertpapiere aufgrund Nr. 36 II AGB, auch insoweit - entsprechend § 278 BGB - für
die Erfüllung der Verwahrer- und Verwalterpflichten der Wertpapiersammelbank ein-
zustehen.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, daß die Depotbank infolge der Pinzuziehung von
Drittbanken, mit Ausnahme von Wertpapiersammelbanken, weder der Kapitalanlage-

(1266) Zum Begriff der ausländischen Bank vgl. u. S. 286, Fussn. 1287.

(1267) Eine solche Ausgliederung der Aufbewahrung, Ausgabe und Rücknahme der
Anteilscheine hat aber anscheinend die Investors Fonds Kapitalgesellschaft
mbH, München, vorgenommen. S. o. S. 50.

Auch wenn formell diese Ausgliederung als von der Depotbank veranlaßt
angenommen werden kann, so widerspricht dieses Vorgehen dennoch der
eindeutigen Vorschrift des § 11 III 2 KAGG

(1268) Vgl. dazu a. § 664 BGB § 3 II Dep G

(1269) Vgl. Trost-Schütz, S. 16, Anm. 1 a, 3 zu Nr. 9 AGB, Vgl. a. Nr. 36 I AGB.

gesellschaft noch den Anlegern aufgrund des Depotbankvertrages für ein Verschulden dieser Drittbanken haftet. Hat sie Sorgfaltsverletzungen bezüglich der Auswahl und Auftragsweiterleitung zu vertreten, so wird die entsprechende Schadensersatzforderung der Kapitalanlagegesellschaft kraft § 6 II KAGG Bestandteil des Investmentfonds. Demzufolge gestattet § 8 I KAGG der Kapitalanlagegesellschaft, von der Depotbank die Gutschrift des entsprechenden Forderungsbetrages auf ein Sperrkonto des Fonds zu verlangen.

Erwirbt die Depotbank trotz des Haftungsausschlusses Ansprüche aus ihrem Innenverhältnis mit der Drittbank gegen diese, so ist sie gleichwohl gemäß §§ 675, 667 BGB i. V. m. Nr. 9 I 3 AGB zur Abtretung dieser Ansprüche an die Kapitalanlagegesellschaft verpflichtet.

2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

Im schweizerischen Investmentrecht können mehrere Depotbanken an der Verwaltung eines Investmentfonds beteiligt sein, wie aus Art. 18 IV 2. H. S., aber auch schon aus Art. 5 IV AFG hervorgeht.

I. Die Beteiligung mehrerer Depotbanken

Wirken bei der Verwaltung eines Investmentfonds mehrere Depotbanken mit, so übernehmen sie gemeinsam die der Depotbank obliegenden Funktionen, wie sie in den vorgenannten Kapiteln beschrieben wurden. Für die Beteiligung mehrerer Banken an der depotbankmäßigen Betreuung von Investmentfonds können verschiedene Gründe sprechen. (1270)

A. Gründe

Für den selteneren Fall, daß die Suche nach einer Depotbank von Seiten des Investmentunternehmens ausgeht, (1271) spricht für die Beteiligung mehrerer Depotbanken vor allem die Erwartung, daß mehrere Depotbanken mit ihrer jeweiligen Kundschaft bereits einen potentiellen Anlegerkreis mitbringen und dadurch die Aussicht auf eine

Zur Pflicht, die Ausführung des weitergegebenen Auftrages zu überwachen, vgl. RG in BankA 36, 369; s. a. BankA 21, 357 betr. weitergegebener Wertpapieraufträge.

(1270) Vgl. hierzu Botschaft, S. 317.

(1271) Gewöhnlich geht die Suche nach einer Bank, die als Depotbank mitwirken will, mit der Neuplacierung der Beteiligungen an der Fondsleitung Hand in Hand. So ging das Aktienkapital der AGEMIT AG, Zürich, welche

schnelle Ausweitung des Investmentfonds in Richtung einer gewinnbringenden Größenordnung rechtfertigen. Weiter kann der Umstand, daß sich mehrere renommierte Banken der Verwaltung eines Investmentfonds annehmen, die Vertrauensstellung der Fondsleitung festigen.

Es ist aber auch denkbar, daß nur durch die Beteiligung mehrerer Banken die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt werden können, nämlich nach Art. 5 III AFG das einbezahlte Gesellschaftskapital von 2 Millionen Franken oder nach Art. 5 IV AFG die notwendige Mitwirkung einer schweizerischen Bank bezüglich einer ausländischen Bank, die etwa durch die von ihr abhängige schweizerische Fondsleitung das Investmentgeschäft nach dem AFG betreiben will.

B. Voraussetzungen

Alle Banken, welche die Rolle der Depotbank gemeinsam übernehmen wollen, müssen die Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit in Zusammenhang mit der Verwaltung des Investmentfonds gemäß Art. 5 II, III; 41 I, II AFG durch die Aufsichtsbehörde bewilligt erhalten.

Für den Fall, daß mehrere Banken i. S. d. BankenG an der Fondsverwaltung mitwirken wollen, stellt sich die Frage, welche Anforderungen die Aufsichtsbehörde an die einzelnen Banken stellen muß und darf. Art. 5 III AFG, der jedoch nur den Fall einer einzigen Depotbank erfaßt, stellt dann, wenn es sich um eine juristische Person handelt, Anforderungen an das Eigenkapital der Depotbank. Dieses Erfordernis ist vom Gesetzgeber aus Gründen der Haftung der Depotbank erstellt. (1272) Entsprechend wird für Bankiers kein Nachweis von Haftungskapital verlangt, da sie mit ihrem persönlichen Vermögen für die Verbindlichkeiten ihres Bankbetriebes einzustehen haben. Aus dem Zweck des Haftungskapitalerfordernisses ist daher für den hier vorliegenden Fall zu folgern, daß es für die mehreren Banken genügt, daß eine von ihnen Bankier oder daß, wenn sie durchweg juristische Personen sind, ihr einbezahltes Eigenkapital gesamt den Mindestbetrag von 2 Millionen Franken erreicht. Für dieses Ergebnis ist vor allem Art. 18 IV AFG heranzuziehen, wonach sämtliche Depotbanken solidarisch haften, also gemeinsam mit ihrem akkumulierten Eigenkapital für eventuelle Schäden einzutreten haben.

Für den Fall, daß eine ausländische Bank mitwirken will, ist in Art. 5 IV AFG bestimmt, daß die Aufsichtsbehörde "ausnahmsweise" ihre Bewilligung erteilen kann. Voraussetzungen für die Bewilligung sind nach dieser Vorschrift, daß diese ausländische Bank in ihrem eigenen Lande einer behördlichen Aufsicht untersteht und daß sie sich mit einer schweizerischen Bank gemeinsam als Depotbank betätigt. Letztere Vorschrift ist i. V. m. Art. 18 IV 2. H. S. AFG so auszulegen, daß mehrere aus-

leitung des INTERSWISS Immobilienfonds ist, und bei Inkrafttreten des AFG nicht über eine Bank als Depotbank verfügte, schließlich an den Schweizerischen Bankverein, Basel, und die Schweizerische Kreditanstalt, Zürich, die jetzigen Depotbanken.

(1272) Vgl. Botschaft, S. 317 zu Art. 5.

ländische Depotbanken in die Depotbankaufgabe eintreten können, sofern sie nur mit zumindest einer schweizerischen Bank zusammenarbeiten. Das Erfordernis, daß die betreffende ausländische Bank einer behördlichen Aufsicht untersteht, ist Voraussetzung für die Bewilligung. Der Aufsichtsbehörde steht dabei kein Ermessensspielraum zu, die Qualität der ausländischen Bankenaufsicht im Verhältnis zur schweizerischen zu bewerten und etwa im Falle einer lascheren Aufsichtspraxis das Vorhandensein einer behördlichen Aufsicht zu verneinen.

Es fragt sich aber, welche Bedeutung dem "ausnahmsweise" zukommt. Sollte man daraus herauslesen, daß die Aufsichtsbehörde rein quantitativ das Eindringen ausländischer Banken in das schweizerische Investmentgeschäft limitieren soll, so wäre Art. 5 IV AFG für diese Absicht des Gesetzgebers inhaltlich zu unbestimmt und damit verfassungswidrig. (1275) Jedoch wird man aus dem "ausnahmsweise" ein gebundenes Ermessen der Aufsichtsbehörde dergestalt entnehmen können, ob die ausländische Bank in ihrer Bonität den Anforderungen des BankenG und der Haftungsfunktion des Eigenkapitals entsprechend Art. 5 III AFG gerecht wird. Man wird auch für die ausländische Bank zugestehen können, daß sie den Anforderungen an das Haftungskapital gerecht wird, wenn sie im Verband mit den übrigen Banken die Mindestsumme von 2 Millionen Franken erreicht. Letztlich kann mit dem Vorbehalt der ausnahmsweisen Zulassung ausländischer Banken nur eine Vorbehaltsklausel für wirtschaftspolitische Zielsetzung gewollt sein. Man könnte für diesen Vorbehalt allenfalls Art. 31 quater BV als Verfassungsgrundlage heranziehen. (1274) Doch müssen auch hier wegen der inhaltlichen Unbestimmtheit verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden. (1273)

II. Natur und Inhalt des Rechtsverhältnisses

Für die Rechtsstellung einer Bank, die allein die Rolle der Depotbank eines Investmentfonds übernimmt, ist herausgestellt worden, daß sie zusammen mit der Fondsleitung Kollektivbeauftragte der Anleger i. S. d. Art. 8 I, II AFG, 403 II OR ist und mit der Fondsleitung eine Innengesellschaft i. S. d. Art. 530 OR bildet. (1275) Nehmen mehrere Depotbanken die Depotbankstelle ein, so sind sie daher in Erweiterung der Beauftragtengemeinschaft bzw. der Gesellschaft der Fondsverwalter als Mitbeauftragte der Anleger bzw. als Mitgesellschafter der Fondsleitung anzusehen. (1276)

Der Depotbankvertrag kann für das Verhältnis der mehreren Depotbanken untereinander bereits eine ausführliche Regelung treffen, dies aber auch den Depotbanken

(1273) Vgl. dazu Ruck, Verwaltungsrecht I, S. 89 f.; Brack, S. 60.

(1274) Vgl. dazu Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 294 f.; a. A. Marti, S. 92 f.

(1275) S. dazu o. S. 201.

(1276) Arg. Art. 18 IV 2. H. S. AFG i. V. m. Art. 403 II, 530 I OR.

zu freier Vereinbarung überlassen. Im letzteren Fall gilt das für das Rechtsverhältnis Depotbank - Fondsleitung Gesagte sinngemäß für alle Depotbanken gemeinsam. (1277)

Für das Innenverhältnis der Depotbanken können die Geschäftsführungsverhältnisse verschieden geregelt werden. Sie können z. B. nach Sachgebieten auf die einzelnen Banken aufgeteilt werden; (1278) jede einzelne Bank kann aber auch vollumfänglich geschäftsführungsbefugt sein, wobei für die konkurrierenden Geschäftsführungsbefugnisse noch weitere Kombinationen getroffen werden können.

Was das Fondsreglement anlangt, so braucht das Innenverhältnis der Depotbanken darin nicht notwendig in allen Einzelheiten in Erscheinung zu treten. Doch muß darauf insoweit eingegangen werden, wie die Anleger aufgrund ihrer Kollektivanlageverträge mit der Depotbank in Berührung kommen, beispielsweise, bei welcher der Banken die Anteilscheine ausgegeben und zurückgenommen werden oder welche der mehreren Depotbanken für die Gewinnausschüttung und die Überwachung der Fondsleitung zuständig ist.

III. Die Haftung der mehreren Depotbanken

Die Haftung der mehreren Depotbanken für nicht ordnungsgemäßes Tätigwerden in Zusammenhang mit der Verwaltung des Investmentfonds bestimmt sich nach Art. 18 IV 2. H. S. i. V. m. 26 AFG.

Für Leistungsstörungen aus dem Kollektivanlagevertrag, die eine der Banken zu vertreten hat, haften alle Depotbanken dem Anleger solidarisch. Dieser kann sich also nach seiner Wahl an alle als Depotbanken seines Investmentfonds im Fondsreglement bezeichneten Banken halten und dabei gemäß Art. 18 IV 2. H. S. AFG i. V. m. Art. 144 OR je nur einen Teil oder das Ganze fordern, soweit es sich um Schadensersatzansprüche handelt. Dabei ist unerheblich, ob diese Ansprüche aus Individual- oder Kollektivansprüchen des Anlegers rühren. (1279) Erfüllt eine der Banken ihre vertraglichen Leistungspflichten gegenüber den Anlegern nicht oder nicht gehörig, so kann der einzelne Anleger grundsätzlich gegen jede der mehreren Depotbanken auf Erfüllung klagen. (1280) Ist jedoch im Fondsreglement eine Aufteilung der Verpflichtungen der Depotbank auf die mehreren Depotbanken enthalten, so ist dem Anleger gegenüber auch nur diejenige Bank aus dem Kollektivanlagevertrag verpflichtet, der die nicht

(1277) S. o. S. 196 ff.

(1278) Dies bietet sich etwa bei Länderefonds an, bei denen die ausländische Depotbank z. B. sämtliche Wertpapiere, nur die ausländischen oder die Wertpapiere von in ihrem Land domizilierten Ausstellern aufbewahrt, während die inländische Depotbank namentlich für den Zahlungs- und den Anteilscheinverkehr der auf dem schweizerischen Markt auftretenden Anleger zuständig ist.

(1279) Vgl. Art. 23 II AFG.

(1280) Art. 23 I AFG i. V. m. Art. 70 II OR.

oder nicht gehörig erfüllte Aufgabe vertraglich zugewiesen ist, Der Anleger muß also bei einer Klage auf Erfüllung des Kollektivanlagevertrages überprüfen, welche der mehreren Depotbanken gegebenenfalls im konkreten Fall Erfüllungsschuldner ist.

Für Leistungstörungen einer der Depotbanken gegenüber nicht zum Investmentzweck gehörenden Personen gelten die allgemeinen Regeln.

Für Ansprüche der Depotbanken untereinander, die im Depotbankvertrag gründen, regeln sich die Verantwortlichkeitsfragen ausschließlich nach dem Gesellschaftsvertrag. Gegenüber der Fondsleitung, die Mitgesellschafter der Depotbanken ist, gilt das Gleiche.

Sind die Depotbanken schließlich gemeinsam mit der Fondsleitung aus dem Kollektivanlagevertrag bzw. nach dem AFG für denselben Schaden verantwortlich, so haften sie allesamt dem Anleger solidarisch. (1281)

Im Innenverhältnis der mehreren Depotbanken bzw. der gesamten Beauftragtengesellschaft kann der Rückgriff nach dem Ermessen des Richters festgesetzt werden. (1282) Dabei wird der Richter grundsätzlich den Vereinbarungen des Depotbankvertrages Rechnung zu tragen haben. (1283)

Für die Verjährung der Ansprüche gegen die Depotbanken gelten die allgemeinen Regeln. Für die Ansprüche auf Schadensersatz aus dem Kollektivanlagevertrag setzt Art. 26 II die besonderen Verjährungsfristen. (1284)

3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG

Während nach dem KAGG nur einer Investmentfonds nur eine Depotbank tätig sein darf, gestattet das AFG die Mitwirkung beliebig vieler Depotbanken. Von den mehreren Depotbanken des schweizerischen Investmentgeschäftes muß aber zumindest eine Bank schweizerische Bank i. S. d. BankenG sein.

(1281) Art. 26 I 1, H. S. AFG. S. a. Art. 18 IV AFG i. V. m. Art. 403 II OR.

Im Außenverhältnis ist das Verschulden im Verhältnis zum Geschädigten irrelevant, sobald der Tatbestand der solidarischen Haftung gegeben ist.

Vgl. BGE 59 II 458 f.; 89 II 122 f.; 90 II 501. A. A. Henggeler, S. 59 f., Bürgi, S. 29 ff., 37 ff., auch Hirsch, 'La responsabilité des administrateurs', S. 249, 267; danach soll auch im Außenverhältnis gemäß Art. 43 f. OR die Haftung der Solidarschuldner gemildert werden können. Vgl. a. Rechwein, S. 129 ff. Vgl. a. Hirsch in ZSR 1967, S. 781 ff.

(1282) Art. 26 I 2, H. S. AFG. Vgl. a. Art. 51 OR.

(1283) Vgl. dazu Botschaft, S. 323 zu Art. 18.

(1284) S. dazu o. S. 258.

Die Depotbanken nehmen gemeinsam an den Kollektivanlageverträgen teil und sind mit der Fondsleitung Mitgesellschafter der Beauftragtengemeinschaft aus diesen Verträgen. Die Anleger werden bezüglich ihrer Haftungsansprüche nicht benachteiligt, da für ein von einer Bank zu vertretendes Verschulden die übrigen Banken solidarisch einzustehen haben.

KAPTEL IV

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - DRITTVERWAHRER

Wie im allgemeinen Depotgeschäft der Banken, so ist es auch im Investmentgeschäft üblich, daß sich die Depotbank, welche gemäß § 11 I KAGG bzw. Art. 18 I AFG das Fondsvermögen aufzubewahren hat, der Mitwirkung von Drittverwahrern versichert. Die Hinzuziehung eines Drittverwahrers kann ein zusätzliches Risiko für die Anleger bedeuten. Das deutsche wie das schweizerische Investmentgesetz haben daher die Möglichkeit zur Drittverwahrung des Fondsvermögens eingeschränkt.

1. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT

Unter Drittverwahrung ist nach § 3 DepG die Hinterlegung von Wertpapieren im eigenen Namen für Rechnung des Hinterlegers bei einer dritten Bank zu verstehen, wobei auch eine Zweigstelle des Zwischenverwahrers als Drittverwahrer gilt. (1285)

1. Die Zulässigkeit der Drittverwahrung

Gegenüber § 3 I DepG hat das KAGG in § 11 III 2, 3 KAGG die Zulässigkeit der Drittverwahrung zum Schutz der Anleger (1286) eingeschränkt. Nach diesen Vorschriften darf die Depotbank Wertpapiere des Investmentfonds nur inländischen Wertpapier-sammelbanken i. S. d. § 1 III DepG oder unter den in § 11 III 2 2. H. S. KAGG genannten Voraussetzungen auch ausländischen Banken anvertrauen. (1287) Das Recht der Drittverwahrung ist in § 11 III 2 KAGG nicht ausschließlich in die Entscheidungs-

(1285) Vgl. Baumbach-Duden, § 406 Anh. V zu § 3 I DepG. S. a. Bank- und Börsen-Lexikon, S. 101.

(1286) Vgl. aber die amtliche Begründung zu § 3 I DepG, wonach die Drittverwahrung insbes. auch der sicheren Verwahrung dienen soll; zit. bei Baumbach-Duden, a. a. O.

§ Im Ausland ist jedes Unternehmen als Hinterlegungsstelle geeignet, das nach der einschlägigen Rechtsordnung des Domizillandes eine Bank ist. Weitergehende Vorschriften im KAGG wären auch nicht tunlich, da die Gegebenheiten im internationalen Bankwesen zu verschiedenartig sind. Es fragt sich dann

befugnis der Depotbank gestellt. Denn die Depotbank hat nach § 5 I DepG von der Kapitalanlagegesellschaft die Ermächtigung zur Sammelverwahrung bei Kassenvereinen (Wertpapiersammelbanken) einzuholen, es sei denn, es handelt sich um die Übertragung von Miteigentumsanteilen an Sammelbeständen (§ 24 DepG). (1288) Die Kapitalanlagegesellschaft kann nach §§ 5 I 3, 16 DepG i. V. m. § 2 I KAGG ihre Ermächtigung formlos und generell erteilen. Nach Nr. 36 AGB ist die Depotbank dann befugt, nach eigenem Ermessen den Drittverwahrer hinzuzuziehen. Die Kapitalanlagegesellschaft kann jedoch auch schon im Depotbankvertrag oder aber jeweils mittels einzelner Anweisungen bestimmte Drittverwahrer, namentlich im Ausland, vorschreiben.

II. Natur und Inhalt des Rechtsverhältnisses

Zwischen der Depotbank und einem Drittverwahrer, dessen sie sich zur Erfüllung ihrer Aufbewahrungspflicht aus dem Depotbankvertrag bedient, besteht ein Hinterlegungsvertrag, der gegenüber dem Depotbankvertrag rechtlich selbständig ist. Die Kapitalanlagegesellschaft hat daher weder vertragliche noch schuldrechtliche Ansprüche aus einem solchen Depotvertrag; § 328 BGB ist nämlich regelmäßig auf einen Hinterlegungsvertrag nicht anwendbar. (1289)

Die Rechtsverhältnisse der Depotbank zu den deutschen Wertpapiersammelbanken bestimmen sich ihrem Inhalt nach nach den "Geschäftsbedingungen der Kassenvereine (Wertpapiersammelbanken)". (1290) Zwischen der Depotbank und einer ausländischen Bank kommt gewöhnlich deren Recht zur Anwendung.

Bezüglich der Rechtsverhältnisse der Depotbank mit Wertpapiersammelbanken handelt es sich um gemischte gegenseitige Verträge, die die Verwahrung von Wertpapieren und die Ausführung gewisser Verwaltungsarbeiten in Zusammenhang mit den verwahrten Wertpapieren zum Gegenstand haben. Rechtsgrundlage sind die §§ 688 ff., 675, 611 BGB, welche durch die einschlägigen Bestimmungen des DepG und namentlich durch die Geschäftsbedingungen modifiziert sind.

Die Depotbank ist gegenüber dem Drittverwahrer verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. (1291) Diese Vergütung hat die Depotbank aus der ihr im Depotbankvertrag zugestandenen Vergütung zu entrichten, eine besondere Geltendmachung

aber, ob im innerdeutschen Bankbereich dann noch eine Beschränkung der Drittverwahrung auf Wertpapiersammelbanken zu rechtfertigen ist. Vgl. auch Tormann-Siara, § 11 Anm. III; Ebner von Eschenbach, S. 126.

(1288) Vgl. Trost-Schütz, S. 87; Opitz, § 5 Anm. 7.

(1289) Vgl. Opitz, § 3 Anm. 3; Quassowski-Schröder, § 3 Anm. 6; RGRKomm. z. BGB, § 691 Anm. 1.

(1290) Abgedruckt bei Trost-Schütz, S. 93 ff.

(1291) Vgl. §§ 354 I HGB, 689, 611 BGB.

als Aufwendung bei der Aufbewahrung des Investmentfonds gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft nach § 11 VII KAGG ist daher nicht zulässig. Weiter obliegt der Depotbank die Beachtung der besonderen Sorgfaltspflichten aus den Geschäftsbedingungen, insbesondere, was die Verfügungen über die Miteigentumsanteile an den jeweiligen Sammelbeständen betrifft. (1292)

Die Pflichten der jeweiligen Wertpapiersammelbank bestehen in der Erfüllung der Verwahr- und Verwaltungspflichten. (1293)

Im Rahmen dieser Arbeit braucht auf die Rechtsverhältnisse der Depotbank zu den Drittverwahrern nicht weiter eingegangen zu werden, da sie keine Unterschiede zur bankgeschäftlichen Drittverwahrung aufweisen. (1294)

2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

I. Die Zulässigkeit von Hinterlegungsstellen

Das AFG setzt der Hinterlegung von Gegenständen des Fondsvermögens bei Drittverwahrern (Hinterlegungsstellen) grundsätzlich nichts entgegen. (1295) Hat die Hinterlegungsstelle ihren Sitz im Ausland, so ist die Aufbewahrung von Fondswerten bei dieser nur zulässig, wenn das Fondsreglement die Hinzuziehung ausländischer Hinterlegungsstellen gemäß Art. 13 III 1. H. S. AFG ausdrücklich vorsieht.

Allein die Depotbank ist befugt, Gegenstände des Fondsvermögens bei Dritten zu hinterlegen. Denn die Aufbewahrung des Fondsvermögens fällt ausschließlich in ihren Aufgabenbereich. (1296)

Nach Art. 43 IV AFG kann die Aufsichtsbehörde "jederzeit die Ersetzung einer Hinterlegungsstelle, die ihr nicht geeignet erscheint, verlangen." Damit ist für die Zulässigkeit kein Kriterium gesetzt, faktisch wird es aber von der Praxis der Aufsichtsbehörde abhängen, welchen Spielraum die Depotbanken bei der Hinzuziehung von Hinterlegungsstellen haben.

(1292) Vgl. Nr. 27 ff. der Geschäftsbedingungen der Wertpapiersammelbanken, S. a. Fußn. 1290.

(1293) Vgl. Nr. 18 ff. der Geschäftsbedingungen der Wertpapiersammelbanken, S. a. Fußn. 1290.

(1294) Zur Depotbuchführung vgl. o. S. 85 f.

(1295) Vgl. o. S. 218.

(1296) Nach Art. 13 AFG ist nicht erforderlich, daß eine Hinterlegungsstelle eine Bank ist. Grundsätzlich ist also jede Person für die Drittverwahrung von Fondswerten zulässig. Jedoch kann die Aufsichtsbehörde nach Art. 42 ff. AFG Einfluß darauf ausüben, welche Qualifikationen an eine Hinterlegungsstelle als Eignungsmaßstab gelegt werden müssen. Es wird dabei nicht als unzulässige Rechtsausübung bzw. Ermessensmißbrauch gewertet werden können, wenn die Aufsichtsbehörde nur Banken zuläßt, die der besonderen öffentlich-rechtlichen Bankenaufsicht unterliegen.

Nach Art. 13 III AFG ist die "ausländische Hinterlegungsstelle... der Aufsichtsbehörde unverzüglich zu melden." Entscheidender Zeitpunkt für die Meldung an die Aufsichtsbehörde ist der Abschluß des Depotvertrages mit der ausländischen Hinterlegungsstelle. Denn der Abschluß des Depotbankvertrages, der ein Konsensualvertrag ist, liegt in der Regel vor dem Zeitpunkt, in dem die Hinterlegungsstelle für die Depotbank Fondswerte in Verwahrung nimmt. Da die Aufsichtsbehörde kraft Art. 44 I AFG der Depotbank bei erheblicher Pflichtverletzung in Zusammenhang mit der Hinzuziehung einer Hinterlegungsstelle sogar die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit entziehen kann, ist es zum Schutz der Anleger erforderlich, daß die Aufsichtsbehörde möglichst frühzeitig Gelegenheit erhält, gemäß Art. 42 IV AFG Informationen über die ausländische Hinterlegungsstelle anzufordern und dann gegebenenfalls sachgemäße Anordnungen zu treffen. (1297)

Als Hinterlegungsstellen sind nicht nur solche Stellen aufzufassen, die entsprechend Art. 472 OR bewegliche Vermögenswerte des Investmentfonds verwahren, sondern alle Personen außerhalb des Dreiecksverhältnisses, welche durch die Depotbank mit der Aufbewahrung von Fondsgegenständen beauftragt werden.

II. Natur und Inhalt des Rechtsverhältnisses

Das Rechtsverhältnis der Depotbank zu einer schweizerischen Hinterlegungsstelle bestimmt sich nach den Art. 394 ff., 472 ff. OR. Es handelt sich um einen allgemeinen Verwaltungsvertrag, der gegebenenfalls mit einem Hinterlegungsvertrag kombiniert ist. (1298)

Gemäß Art. 13 II AFG darf die Hinterlegung in Gestalt des depositum irregulare nicht für Vermögenswerte vorgenommen werden, die keine Bankguthaben sind. (1299)

Darf für die Drittverwahrung vertretbarer beweglicher Fondswerte Sammelverwahrung gewählt werden oder muß es hinsichtlich der Wertpapiere bei sogenannten Streifbanddepots verbleiben? Das Verbot des Art. 13 II AFG will nicht nur die Verwendung der hinterlegten Gegenstände durch den Drittverwahrer für sich und damit die Gefährdung des Herausgabeanspruches der Depotbank unterbinden. Sinn des Art. 13 II AFG ist vielmehr, daß die Depotbank beim Drittverwahrer so verbuchen läßt, daß deren Zugehörigkeit zum Investmentfonds kenntlich i. S. d. Art. 13 I AFG bleibt. Damit ist für die Drittverwahrung auch Sammelverwahrung zulässig, bei der dem Anleger ein insoweit selbständiger Miteigentumsanteil am Sammelbestand des Dritt-

(1297) S. dazu u. S. 319 f.

(1298) Vgl. BGE 78 II 253 f.; Gautschi, Art. 472 N 4 e hinsichtlich des Bankdepotgeschäftes; betr. allgemeiner Verwaltungsverträge vgl. Gautschi, Art. 400 N 37a.

(1299) S. o. S. 218 f.

verwahrers zusteht. (1300) Allerdings bedarf der Depotvertrag mit dem Drittverwahrer einer ausdrücklichen Ermächtigung der Depotbank zur Sammelverwahrung.

(1301)

Die Depotbank wird die Drittverwahrung der beweglichen Fondswerte bzw. die Drittverwahrung der sonstigen Fondsgegenstände nach den bankgeschäftlichen Usancen im eigenen Namen vornehmen. Was die Pflicht zur Kennzeichnung der Zugehörigkeit der beim Drittverwahrer für Rechnung der Anleger aufbewahrten Vermögenswerte des Investmentfonds gemäß Art. 13 I AFG betrifft, so ist sie für die Depotbank, nicht aber für den Drittverwahrer, verbindlich. Es genügt, daß die Depotbank in ihrer Kontoführung im Verhältnis zum Drittverwahrer die Zugehörigkeit der verwahrten Werte zum Investmentfonds vermerkt. (1302)

Die Pflichten der Depotbank gegenüber den Hinterlegungsstellen sind Zahlung der Vergütungs- und Aufwendersatzbeträge nach Art. 472 II, 473, 394 III, 402 OR sowie gegebenenfalls auch nach den AGB der betreffenden Hinterlegungsstellen. Die Pflichten der Hinterlegungsstelle sind die Erfüllung der Aufbewahr- bzw. Verwahr- und Verwaltungspflichten aus dem Vertrag mit der Depotbank.

Im Verhältnis zu ausländischen Hinterlegungsstellen kommt in der Regel das einschlägige ausländische Recht zur Anwendung. Jedoch hat die Depotbank aufgrund ihrer Treuepflicht nach Art. 14 I i. V. m. 18 IV AFG - unabhängig von ihrem haftungsrechtlichen Einstehenmüssen für die ausländische Hinterlegungsstelle - dafür zu sorgen, daß sie dabei nicht schlechter zu stehen kommt, als es den schweizerischen Vorschriften entspricht.

III. Die Stellung der Hinterlegungsstellen im Dreiecksverhältnis

Wickelt sich die Aufbewahrung von Vermögenswerten des Investmentfonds bei einer Hinterlegungsstelle nicht ordnungsgemäß ab, so stellt sich die Frage, inwieweit die Depotbank für ein Verschulden des Dritten einzustehen hat. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich danach, ob die Hinterlegungsstelle Hilfsperson i. S. d. Art. 68 OR ist oder Substitut i. S. d. Art. 398 III OR.

(1300) Allenfalls dieses Ergebnis wird auch den Anforderungen der Praxis des Investmentgeschäftes und dem Grundsatz der Kostenbeschränkung gerecht. Enger aber § 11 III 2 KAGG. S. o. S. 285 f.

Gegen die Zulässigkeit der Sammelverwahrung Schuster, Art. 13 Anm. 2.; vgl. o. S. 218.

(1301) Art. 481 III, 484 OR. Vgl. dazu Oser-Schönenberger, Art. 481 N 23; Becker, Art. 484 N 2; Gautschi, Vorbem. vor Art. 472 N 3 c.

(1302) In der Depotbuchführung erfolgt die "besondere Kennzeichnung" dadurch, daß im Personendepot unter dem auf den Namen der Fondsleitung und Kennzeichnung des Investmentfonds lautenden Depotkonto ein Vermerk der Sammelverwahrung bei der betreffenden Hinterlegungsstelle angebracht wird. Eine getrennte Führung im Sachdepot wird nicht erforderlich sein, um der Kennzeichnungspflicht Rechnung zu tragen.

Die Meinungen zu dieser Frage sind geteilt: Schuster (1303) hält die Hinterlegungsstellen für befugterweise hinzugezogene Substituten der Depotbank i. S. d. Art. 398 III, 399 II OR. Hingegen hielt sie der Bundesrat (1304) für Hilfspersonen i. S. d. Art. 68, 101, OR; 24 II AFG.

Generell wird die Abgrenzung zwischen Hilfspersonen mit der Haftungsfolge des Art. 399 II OR danach getroffen, ob es bezüglich der in Frage stehenden Auftragshandlung auf die Person des Ausführenden ankommt. (1305) Danach ist immer dann von Substitution oder Unterbeauftragung zu sprechen, wenn es sich um die Ausführung der persönlichen Ausführungsobligation des Hauptauftrages handelt, der nicht ein Dienstverhältnis zugrundeliegt. (1306) Danach muß man die Hinterlegungsstellen als Substituten der Depotbank hinsichtlich ihrer Aufbewahrungspflicht qualifizieren. (1307)

Allerdings ist mit dieser Qualifizierung der Stellung der Hinterlegungsstelle die Frage nach der haftpflichtrechtlichen Einordnung noch nicht beantwortet. (1308) In der Doktrin sind die Meinungen geteilt, wann für einen Substituten nur im engen Rahmen des Art. 399 II OR eingetreten werden müsse und wann im vollen Umfang des Art. 101 I OR. Gautschi (1309) vertritt die Ansicht, daß 399 II OR bei jeder Substitution zur Anwendung käme, sofern nicht vertraglich die Haftung für die zusätzlich zu vereinbarende Überwachungspflicht übernommen werde. Bächler (1310) indes will Art. 101 OR nur dann durch Art. 399 OR abgelöst wissen, wenn der Substitut "Ersatzbeauftragter" ist. Der Gesetzgeber nun wollte in Art. 24 II, III AFG die Haftung für von den Fondsverwaltern hinzugezogene Dritte allgemein in dem Sinne regeln, daß eine Beschränkung des Haftungsmaßes nicht möglich sei, die Depotbank also - und nur darauf kam es dem Gesetzgeber an - in vollem Umfang für die Handlungen von Hilfspersonen haften solle, "wie wenn es ihre eigenen Handlungen wären." Dies geht insbesondere aus Art. 25 I AFG hervor, wo enumerativ die Haftung für culpa in custodiendo ausgenommen wird. (1311) Sinn des Art. 24 II AFG ist daher, und zwar unabhängig von der rechtlichen Stellung der jeweiligen Hilfsperson der Depotbank - Erfüllungsgehilfe bei der obligatio dandi oder faciendi -, daß zum Schutz der An-

(1303) Schuster, Art. 13 Anm. 3.

(1304) Botschaft, S. 325 zu Art. 22 u. 23.

(1305) Vgl. Gautschi, Art. 398 N 40, insbes. 40 e; Portmann, S. 42 ff. A. A. von Tuhr, Siegwart II, S. 460, wo die Abgrenzung wie im deutschen Recht gezogen wird. Vgl. dazu o. S. 180 ff.

(1306) So auch Becker, Art. 399 N 3.

(1307) Diese rechtliche Qualifizierung der Stellung der Fondsverwalter muß man auch aus den AGB der schweizerischen Banken entnehmen, soweit sie sich zur Drittverwahrung im Depotgeschäft äussern.

(1308) Vgl. hierzu Lusser, insbes. S. 38.

(1309) Gautschi, Art. 399 N 6, 7 c.

(1310) Bächler, S. 30 ff.

(1311) S. dazu auch Botschaft, a. a. O.

leger die Depotbank, die ihnen über Art. 27 I AFG auch im Falle einer ausländischen Hinterlegungsstelle greifbar ist, auch für die Erfüllung des Unterauftrages an die Hinterlegungsstelle haften soll. (1312)

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Hinterlegungsstellen im schweizerischen Investmentgeschäft zwar Substitute der Depotbank sind, daß sie aber für deren Verschulden nach Art. 24 II, III i. V. m. 18 IV AFG entsprechend Art. 101 OR wie für das Verschulden von Hilfspersonen einzustehen hat.

3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG

Im deutschen wie im schweizerischen Investmentgeschäft ist die Depotbank nicht verpflichtet, das gesamte Fondsvermögen persönlich aufzubewahren: sie kann zur Erfüllung ihrer Aufgabe Drittverwahrer bzw. Hinterlegungsstellen hinzuziehen. Der Kreis der erlaubterweise als Drittverwahrer zu beauftragenden Stellen ist in beiden Rechtsordnungen jedoch verschieden abgegrenzt. Nach § 11 III 2 KAGG darf die deutsche Depotbank Wertpapiere des Investmentfonds nur bei anderen Banken verwahren lassen, die, soweit es sich um inländische Banken handelt, Wertpapiersammelbanken i. S. d. § 1 III DepG sein müssen; (1313) andere Vermögenswerte muß die Depotbank persönlich aufbewahren. Art. 13 II AFG beschränkt für die schweizerische Depotbank den Kreis der zulässigen Drittverwahrer von Gegenständen des Fondsvermögens nicht auf Banken; (1314) auch können andere Fondswerte als Wertpapiere den Hinterlegungsstellen zur Aufbewahrung anvertraut werden.

KAPITEL V

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - GLÄUBIGER DER INVESTMENTPARTEIEN

Für die Rechtsstellung der Depotbank ist weiterhin von Bedeutung, in welchem Verhältnis die Gläubiger der Partner des Investmentdreiecks zu ihr stehen, die auf zum

(1312) Vgl. dazu § 3 II 1 DepG, der die Haftung des Zwischenverwahrers entsprechend § 278 BGB stipuliert, auch wenn es sich beim Drittverwahrer um einen Substituten des Zwischenverwahrers handelt. Obwohl im Depotgeschäft der deutschen Banken § 3 II 2 DepG die Haftungsbeschränkung entsprechend Art. 101 III OR gestattet, haben die Banken in Nr. 36 II AGB auch die Haftung für die Erfüllung der Pflichten des Drittverwahrers aus dem Unterauftrag übernommen.

(1313) S. o. S. 285 ff.

(1314) S. o. S. 287 f.

Investmentfonds gehörende Vermögenswerte Zugriff nehmen wollen. Insbesondere ist dabei der Konkurs des Investmentunternehmens und die Möglichkeit der Aussonderung des Fondsvermögens zugunsten der Anleger in Betracht zu ziehen. In Deutschland wie in der Schweiz war die Institution der Depotbank gerade im Hinblick auf die Aussonderung des Fondsvermögens geschaffen worden. (1315)

1. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH DEUTSCHEM RECHT

Das KAGG beschränkt in einigen Bestimmungen die 'Rechte Dritter am Investmentfonds und schreibt vor, daß die Depotbank gegebenenfalls den Investmentfonds vor Zugriffen zu schützen hat. (1316) Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um Gläubiger der Kapitalanlagegesellschaft, der Depotbank oder der Anleger handelt.

I. Das Rechtsverhältnis zu Gläubigern der Kapitalanlagegesellschaft

A. Aufrechnung mit zum Investmentfonds gehörenden Forderungen

Für die Gläubiger der Kapitalanlagegesellschaft gilt das Aufrechnungsverbot des § 8 III KAGG, wonach sie nicht Forderungen, welche der Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung der Anleger des Investmentfonds gegen ihre Gläubiger zustehen, mit Forderungen gegen die Kapitalanlagegesellschaft aufrechnen können, und zwar gilt dies auch dann, wenn die Schulden der Kapitalanlagegesellschaft aus Rechtsgeschäften stammen, die die Kapitalanlagegesellschaft, für Rechnung der Anleger geschlossen hat. (1317)

Bei Mißachtung des Aufrechnungsverbotes kann die Depotbank zwar nicht gegen den betreffenden Gläubiger vorgehen, (1318) wohl aber gegen die Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 11 VIII Ziff. 1 KAGG, damit diese die aufgerechnete Forderung geltend macht. (1319)

(1315) Vgl. o. S. 15 ff.

(1316) Vgl. §§ 8 III, 11 VIII 1 Ziff. 2, 12 III 2 KAGG.

(1317) Arg. § 9 II 1 KAGG.

(1318) § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG e contr.

(1319) Aus § 11 VI KAGG, demgemäß die Depotbank dafür zu sorgen hat, daß die aus Fondsgeschäften rührenden Gegenwerte in ihre Verwahrung gelangen, ist ihre Zuständigkeit bzw. Prozeßführungsbefugnis nicht abzuleiten, gegen Gläubiger der Kapitalanlagegesellschaft vorzugehen.

B. Vollstreckung in Gegenstände des Investmentfonds

Bezüglich der Gegenstände des Investmentfonds kann nach § 6 I 2 KAGG entweder die Kapitalanlagegesellschaft Eigentümer bzw. Gläubiger sein oder aber die Gemeinschaft der Anleger. Unabhängig von der in den Vertragsbedingungen des Fonds gewählten Rechtszuständigkeit sind die Fondswerte durch Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger der Kapitalanlagegesellschaft gefährdet, und zwar sowohl durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen nach §§ 704 ff. ZPO wie durch den Konkurs der Kapitalanlagegesellschaft gemäß §§ 102 ff., 207 ff. KO i. V. m. § 1 II KAGG. In beiden Fällen der Vollstreckung ist die Depotbank aufgrund § 11 VIII 1 Ziff. 2; 13 I KAGG berechtigt und verpflichtet, die Rechte der Anleger an den Gegenständen des Investmentfonds geltend zu machen. Die Rechtszuständigkeit der Depotbank ist ausschließlich, da die Anleger ausdrücklich die Befugnis zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage in § 11 VIII 1 Ziff. 2; § H. S. KAGG abgesprochen bekommen haben und die Kapitalanlagegesellschaft als Vollstreckungsschuldner eo ipso von der Erhebung der Klage des § 771 ZPO bzw. als Gemeinschaftschuldner von der Geltendmachung des Aussonderungsanspruches des § 43 KO ausgeschlossen ist. (1320)

1. Zwangsvollstreckung

Die Depotbank wird durch die Zustellung des Vollstreckungstitels (1321) von der bevorstehenden Zwangsvollstreckung informiert, soweit es sich um Fondswerte handelt, die sie in unmittelbarem Besitz hat. (1322) Sie kann daher ohne weiteres nach § 771 ZPO i. V. m. § 11 VIII 1 Ziff. 2 KAGG Widerspruch erheben. (1323) Allerdings wird diese Aufgabe schwieriger, wenn die gemäß § 6 II KAGG zum Investmentfonds gehörenden Gegenstände nicht in ihrem Besitz sind oder wenn es sich um Forderungen handelt. Allerdings ist die Kapitalanlagegesellschaft aufgrund des Depotbankvertrages und der Treuepflicht gegenüber den Anlegern zur unverzüglichen Mitteilung

(1320) Zur Rechtszuständigkeit der Depotbank vgl. o. S.

(1321) §§ 265, 325, 727 i. V. m. 750 I ZPO. Vgl. zur deutschen Zwangsvollstreckung auch den Aufsatz von Berner in BLSchK.

(1322) In Forderungen wird nach § 829 ZPO, in Geld und Wertpapiere nach § 808 ZPO vollstreckt. Bei Wertpapieren, die bei Wertpapiersammelbanken verwahrt werden, erfolgt die Pfändung des Anteils am Sammeldepot gemäß §§ 857, 829, 835 f.; 847 ZPO.

Über den Zeitpunkt des Beginns der Zwangsvollstreckung vgl. Baumbach-Lauterbach, § 329 Anm. 4; vor § 704 Anm. 7 A.

(1323) Ohne die ausdrückliche Aussonderungsvorschrift in § 12 III 2 KAGG - die materiellen Rechte, die über § 771 ZPO geltend gemacht werden können, sind die gleichen wie in § 43 KO, vgl. RG 79, 121; Baumbach-Lauterbach, § 771 Anm. 6 - wäre in vielen Fällen zweifelhaft gewesen, ob der Investmentfonds vollständig des Vollstreckungsmaßnahmen entzogen werden kann. Vgl. RGZ 153, 369; Jaeger, § 43 Anm. 38ff.; Baumbach-Lauterbach a. a. O.

der bevorstehenden oder bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckung verpflichtet, damit die Depotbank ihrer Pflicht zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage nachkommen kann.

Da der Investmentfonds ein Sondervermögen ist, können sämtliche Gegenstände des Investmentfonds, unabhängig von ihrer rechtlichen Einordnung, Gegenstand der Widerspruchsklage der Depotbank i. S. d. § 771 ZPO sein. (1324)

Beklagter der Depotbank ist der betreibende Gläubiger der Kapitalanlagegesellschaft. (1325) Die Zuständigkeit des Gerichtes bestimmt sich nach § 802 ZPO.

Hat die Depotbank ordnungsgemäß Widerspruch erhoben, so hat das Gericht die Zwangsvollstreckung in die betroffenen Gegenstände des Investmentfonds einzustellen. Der Gerichtsvollzieher ist hierzu nur in den Fällen der §§ 775 Ziff. 4, 5, 815 II ZPO befugt. Hat die Depotbank aber die rechtzeitige Klageerhebung versäumt, so ist sie nach § 11 VII 1 Ziff. 1 KAGG verpflichtet, die Kapitalanlagegesellschaft anzuhalten, gegen den Vollstreckungsgläubiger den materiell-rechtlichen Anspruch aus ungerechtfertigte Bereicherung nach § 812 BGB geltend zu machen. (1326)

2. Konkurs der Kapitalanlagegesellschaft

Ist über das Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft der Konkurs eröffnet, so sind Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen nach § 14 KO nicht mehr zulässig.

Der Investmentfonds gehört aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung des § 12 III 2 KAGG nicht zur Konkursmasse der Kapitalanlagegesellschaft. Da die Depotbank kraft ihres Ersatzverwaltungsrechtes aus § 13 I KAGG der Kapitalanlagegesellschaft in deren Rechtszuständigkeit über den Investmentfonds nachfolgt, (1327) hat sie gemäß § 43 KO i. V. m. §§ 13 I, 9 I 1 KAGG, die Aussonderung des Investmentfonds aus der Konkursmasse zu verlangen. Die Konkursmasse i. S. d. § 43 KO umfaßt nur dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners, bezüglich dessen der Konkursverwalter den Anspruch der Massezugehörigkeit erhebt. (1328) Da nach der hier vertretenen Auffassung die Fondszugehörigkeit von Vermögenswerten schon vor der ordnungsgemäßen Verbuchung auf den Sperrkonten bzw. -depots der Depotbank für den Investmentfonds beginnen kann, sind durchaus Fälle denkbar, in denen der Konkursverwalter die Massezugehörigkeit von Fondsvermögen geltend macht.

Aussonderungsfähig sind alle Gegenstände des Investmentfonds, die zur Konkursmasse beansprucht werden, weil es sich gemäß § 6 I i. V. m. § 12 III 2 KAGG um ein in globo aussonderungsfähiges Sondervermögen handelt. (1329)

(1324) Vg. o. S. 151.

(1325) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 771 Anm. 3 B.

(1326) Vgl. RGZ 88, 356; BGHZ 32, 244.

(1327) S. o. S. 126 ff.

(1328) Vgl. Jaeger, § 43 Anm. 41.

(1329) Zur Aussonderung von Treugut vgl. Jaeger, § 43 Anm. 41.

Die Depotbank hat ihren Aussonderungsanspruch gegen den Konkursverwalter zu richten. (1330) Nimmt der Konkursverwalter einen Gegenstand nicht für die Konkursmasse in Anspruch, so hat die Depotbank gegebenenfalls aus §§ 13 I KAGG, 43 KO gegen die Kapitalanlagegesellschaft selbst vorzugehen. (1331)

C. Vollstreckung in Forderungen der Kapitalanlagegesellschaft

Stehen den Gläubigern der Kapitalanlagegesellschaft auch nicht die zum Investmentfonds gehörenden Vermögenswerte zur Befriedigung ihrer Ansprüche gegen die Kapitalanlagegesellschaft zur Verfügung, so können sie jedoch, gemäß §§ 829, 835 f. ZPO die Ansprüche der Kapitalanlagegesellschaft gegen die Depotbank auf Zahlung der Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche - § 11 VII 1 KAGG - aus dem Investmentfonds pfänden und sich überweisen lassen. (1332)

Nach wirksam erfolgter Überweisung dieser Ansprüche ist die Depotbank verpflichtet, den entsprechenden Betrag an den Gläubiger der Kapitalanlagegesellschaft zu zahlen. Dieser kann notfalls gemäß § 888 ZPO die Erfüllung seiner Forderung erwirken lassen.

II. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Depotbank

Die Gläubiger der Depotbank stehen außerhalb des Investmentgeschäftes der Depotbank. (1333) Es ist jedoch denkbar, daß ein Depotbankgläubiger wegen einer Geldforderung gegen die Depotbank im Wege der Zwangsvollstreckung vorgeht. Auch kann sie wegen Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit in Konkurs fallen.

Was die Singularvollstreckung betrifft, wird schon das Vollstreckungsgericht die besondere Sachlage der Bank als Depotbank des Investmentfonds berücksichtigen und nur als Nostroguthaben der Depotbank gekennzeichnete Vermögenswerte der Depotbank der Zwangsvollstreckung unterwerfen. (1334) Sollte sich eine Vollstreckungsmaßnahme dennoch gegen einen dem Investmentfonds zugehörigen Vermögenswert richten, so ist die Depotbank aufgrund des Depotbankvertrages sowie aufgrund § 11 VIII 1 Ziff. 2 KAGG zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage verpflichtet. (1335)

(1330) Zum Verfahren Vgl. Jaeger, § 43 Anm. 59.

(1331) Vgl. dazu o. S. 147 ff.

(1332) Gl. A. Gessler, S. 19; Schäcker, S. 115.

(1333) Vgl. § 392 II HGB.

(1334) Zur Vollstreckung in Streifbanddepots vgl. Opitz, S. 79. Zur Vollstreckung in Sammeldepotanteile der Depotbank bei einer Wertpapiersammelbank sowie in Kontoguthaben vgl. Opitz, S. 175 ff.

(1335) Die Kapitalanlagegesellschaft kann im übrigen gleichfalls die Drittwiderspruchsklage erheben, und zwar entweder - bei der Treuhandlösung - wegen ihrer Eigentums- bzw. Gläubigerrechte oder wegen ihrer fiduziarischen Stellung gegenüber den Anlegern.

Handelt es sich um die Pfändung von Anteilen an **Sammeldepots** bei Wertpapier-sammelbanken, (1336) so gilt für die Geltendmachung der Drittwiderspruchsklage nichts anderes. Eine Gefährdung von Fondswerten ist jedoch im Falle der Drittverwahrung durch ausländische Banken möglich, wenn die Depotbank mit dem Drittverwahrer keine Vereinbarungen über den Fremdcharakter der bei diesem im Namen der Depotbank für Rechnung der Kapitalanlagegesellschaft bzw. der Anleger verwahrten Wertpapiere getroffen hat, wonach die Depotbank die Zwangsvollstreckung in diese Werte abwehren kann.

Fällt die Depotbank selbst in Konkurs, so besteht für die Aussonderungsfähigkeit des auf den Namen der Kapitalanlagegesellschaft bei der Depotbank verbuchten Investmentfonds gemäß § 43 I KO i. V. m. § 8 I 1 KAGG keine Gefahr. (1337)

III. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Anleger

Ein Gläubiger eines Anlegers kann wegen § 10 I KAGG nach Pfändung des Anteilscheines nicht die Auflösung der Anlegergemeinschaft verlangen. Statt dessen kann er die Verwertung des Anteilscheines nach §§ 814 ff, 825 ZPO erwirken.

Der Depotbank wird in der Regel nicht bekannt, ob ein Anleger durch Singular- oder Generalexekution seines Anteilscheines verlustig gegangen ist. Denn der neue Eigentümer des für Rechnung des bzw. der Gläubiger des Anlegers verwerteten Anteilscheines übt seine Rechte gegenüber der Depotbank allein durch Innehabung des Anteilscheines aus. (1338)

2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

Im schweizerischen Anlagefondsgesetz gewährleistet Art. 17 AFG, der den Randtitel "Die Aussonderung des Fondsvermögens" trägt, den Schutz des Anlagefonds vor dem Zugriff der Gläubiger der Partner des Kollektivanlagevertrages. Die Rechtsbeziehungen der Depotbank zu den Gläubigern der jeweiligen Partner des Investmentdreiecks sind getrennt zu untersuchen.

(1336) Vgl. o. Fußn. 1322.

(1337) Vgl. dazu Jaeger, § 43 Anm. 29 b aa).

(1338) S. o. S. 178 f.

I. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Fondsleitung

Art. 17 AFG betrifft unmittelbar die Fondsleitung (1339) und regelt das Schicksal des Investmentfonds im Betreibungsverfahren gegen die Fondsleitung (1340) sowie im Falle einer möglichen Verrechnung einer zum Investmentfonds gehörenden Forderung mit einer Schuld der Fondsleitung. (1341)

A. Verrechnung einer Schuld der Fondsleitung mit der Fondsforderung

Das Verrechnungsverbot des Art. 17 II AFG erfaßt nicht jede Verrechnung von Schulden der Fondsleitung gegenüber ihren Gläubigern mit deren Schulden gegenüber der Fondsleitung aus Rechtsgeschäften oder kraft Gesetzes, die zum Investmentfonds gehören: eine Verrechnung ist durchaus zulässig, wenn sich die Schulden der Fondsleitung aus dem Kollektivanlagevertrag ergeben. (1342) Solche Schulden, mit denen die Gläubiger der Fondsleitung also nach den allgemeinen Grundsätzen der Art. 120 ff. OR aufrechnen können, müssen auf Seiten der Fondsleitung in einer Beziehung zum Investmentfonds stehen. (1343) Für Gläubiger der Fondsleitung wird im allgemeinen nicht erkennbar sein, ob eine Forderung der Fondsleitung zum Investmentfonds gehört oder nicht und ob ihnen demgemäß die Gestaltungsmöglichkeit der Verrechnung versagt ist oder offen steht. (1344) Nur die Depotbank ist aufgrund ihrer Stellung im Investmentgeschäft stets im Bilde, wann eine Schuld der Fondsleitung sich nicht aus dem Kollektivanlagevertrag ergibt; dies ist z. B. bei einem Eigengeschäft der Fondsleitung der Fall, das sie über die Depotbank abwickelt.

Nimmt ein Schuldner der Fondsleitung trotz des Verrechnungsverbotes des Art. 17 II AFG eine Verrechnung mit einer Forderung des Investmentfonds vor, so ist die Ver-

- (1339) Art. 17 AFG ist der III. Unterabschnitt des 3. Abschnittes des 2. Titels des Gesetzes, der der Fondsleitung gewidmet ist.
- (1340) Die Aussonderungsfähigkeit des Investmentfonds im Konkurs der Fondsleitung bedeutet gleichzeitig, daß der Investmentfonds im Falle von Zwangsvollstreckungen Gegenstand des Widerspruchsverfahrens ist. Vgl. Botschaft, S. 323 zu Art. 17 S. a. u. S. 301 f.
- (1341) Zur Verrechnung vgl. Art. 120 ff. OR. Das Verrechnungsverbot des Art. 17 II AFG gilt nicht nur im Konkurs der Fondsleitung, wie die Stellung dieser Vorschrift in Art. 17 AFG vermuten ließe, sondern allgemein, sofern eine Verrechnungslage gegeben ist.
- (1342) Vgl. hingegen § 8 III KAGG, der auch letztere Schulden des Investmentunternehmens erfaßt. Vgl. o. S. 295.
- (1343) Zum Begriff vgl. o. S. 78.
- (1344) Mit der Fondsleitung kontrahierende Personen werden in ihrem Interesse daher grundsätzlich davon ausgehen müssen, daß ihre Schulden gegenüber der Fondsleitung nicht verrechenbar sind.

rechnung absolut unwirksam, die zum Investmentfonds gehörende Forderung ist also nicht erloschen. Es obliegt dann der Depotbank, gemäß Art. 18 I, II AFG dafür zu sorgen, daß die betreffende Forderung der Fondsleitung erfüllt wird und sie den Gegenwert aufbewahren kann.

B. Betreibungsverfahren gegen die Fondsleitung

Wird die Fondsleitung von einem Gläubiger wegen einer Geldschuld oder wegen einer Sicherheitsleistung in Geld betrieben, so richtet sich das Verfahren nach dem SchKG; Vollstreckungen wegen anderer Ansprüche richten sich nach kantonalem Recht.

(1345)

Nach Art. 39 II SchKG bestimmt der Betreibungsbeamte, welche Betreibungsart anwendbar ist. In der Regel wird die Betreibung auf Konkurs anzuwenden sein, da die Fondsleitung als Unternehmen i. S. d. Art. 3 II AFG immer unter den enumerativen Katalog des Art. 39 I SchKG fällt. Ausnahmsweise kann die Fondsleitung auf Pfändung betrieben werden. (1346)

Im Konkurs der Fondsleitung erlischt nach Art. 44 II AFG Gesetzes die Bewilligung der Aufsichtsbehörde zur Geschäftstätigkeit.

Die ordentliche Konkursbetreibung gegen die Fondsleitung richtet sich nach den Art. 159 ff. SchKG; ist die Fondsleitung zugleich eine Bank i. S. d. BankenG, finden die besonderen Bestimmungen der Art. 35 ff. BankenG Anwendung.

Der von der Aufsichtsbehörde gemäß Art. 45 I AFG an Stelle der in Konkurs gefallenen Fondsleitung eingesetzte Sachwalter hat gemäß Art. 43 I AFV i. V. m. Art. 17 AFG die Aussonderung des Investmentfonds bei der Konkursverwaltung zu verlangen, soweit sich Fondswerte in der Verfügungsgewalt der Konkursmasse befinden.

Die Konkursverwaltung (1347) hat nach Art. 242 SchKG, 45 ff. KV (1348) i. V. m. Art. 17 AFG über die Aussonderung der Vermögenswerte zu befinden, wobei sie die Verfügung der Herausgabe bei Nachweis der Fondszugehörigkeit in der Regel sofort zu erlassen hat. Sie wird aber gemäß Art. 51 KV gegebenenfalls Kautions verlangen können, wenn die Aussonderungsfähigkeit, d. h. die Fondszugehörigkeit (Art. 17 I AFG), streitig ist. Kautionspflichtig ist der Sachwalter; er kann von der Depotbank aufgrund Art. 45 I, 12 I AFG die Zahlung der verlangten Kautionssumme aus dem Fondsvermögen verlangen.

(1345) Das Verfahren nach dem SchKG beginnt mit der Zustellung des Zahlungsbefehls gemäß Art. 71 f., 177 f. SchKG. Nach Art. 38 SchKG stehen die Betreibung auf Pfändung (Art. 88 ff. SchKG), auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG) und auf Konkurs (Art. 159 ff. SchKG) zur Verfügung. Vgl. dazu Fritzsche I, S. 68 ff.

(1346) Vgl. Botschaft, S. 323. Beispiele bei Fritzsche, I, S. 72.

(1347) Vgl. auch Art. 36 BankenG.

(1348) Ohne die Bestimmung in Art. 17 AFG über die Aussonderungsfähigkeit des Investmentfonds wären nur Sachen aussonderungsfähig, nicht aber Forderungen. Vgl. BGE 39 I 18; 90 III 90; Fritzsche, III, S. 138.

Die Depotbank steht dem Konkursverfahren gegen die Fondsleitung nicht nur passiv gegenüber. Da die Konkursverwaltung nach Art. 45 KV auch dann zur Herausgabe von Vermögenswerten des Investmentfonds verpflichtet ist, wenn das Dritteigentum i. S. d. Art. 242 SchKG bzw. die Fondszugehörigkeit gemäß Art. 17 AFG von einer "anderen Person" bezeichnet wird, muß m. E. aus Art. 18 I AFG i. V. m. Art. 14 I AFG gefolgert werden, daß die Depotbank bei Versäumnis des Sachwalters als Drittansprecher aufzutreten hat, soweit sie von der fälschlich angenommenen Massezugehörigkeit der betreffenden Fondswerte Kenntnis erhält.

Wird in das Vermögen der Fondsleitung gepfändet, (1349) so ist die Depotbank auskunftspflichtig hinsichtlich der von ihr aufbewahrten Vermögensgegenstände des Vollstreckungsschuldners. (1350) Es ist Aufgabe des in Art. 106 ff. SchKG geregelten Widerspruchs- oder Freigabeverfahrens, den Entscheid darüber zu treffen, ob ein bestimmter Gegenstand in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden darf oder nicht, (1351) wobei Art. 17 I AFG alle Gegenstände des Fondsvermögens widerspruchsfähig erklärt. (1352)

Es kann angenommen werden, daß die Fondsleitung als Pfändungsschuldner gegen die Pfändung von zum Investmentfonds gehörenden Vermögenswerten durch Beschwerde innerhalb der 10-tägigen Frist einschreitet; erst bei Bejahung der Pfändbarkeit ist das Widerspruchsverfahren einzuleiten. (1353) Es fragt sich dann aber, wie die Rollenverteilung zu treffen ist. Die im Gesetz vorgeschriebene und im übrigen von der Rechtsprechung weiterentwickelte Verteilung der Klägerrolle (1354) setzt einen "Drittansprecher" voraus. Da die Fondsleitung auch bei einer Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen weiterhin gemäß Art. 12 I AFG über den Investmentfonds verfügungsbefugt bleibt, vereinigt sie die Person des Pfändungsschuldners wie des Drittansprechers in sich. Dann ergibt sich aber, daß die die Vermögenswerte des Investmentfonds aufbewahrende Depotbank "Vierter" bezüglich des Gewahrsams an der gepfändeten Sache ist. Folglich hat die Depotbank den Gewahrsam sowohl für den Schuldner als für den Dritten inne, so daß die Klägerrolle dem Vollstreckungsgläubiger der Fondsleitung zufällt. (1355)

Bei der Betreibung der Fondsleitung ergibt sich also nur im Falle des Konkurses eine Pflicht der Depotbank zum Tätigwerden im Interesse der Anleger, und zwar einge-

(1349) Vgl. aber Art. 95 II SchKG.

(1350) Vgl. BGE 51 III 39.

(1351) Vgl. BGE 44 III 208. S. dazu Fritzsche, I, S., 227 ff. Vgl. auch Damerow (Diss. in Maschinenschrift).

(1352) Vgl. o. S. 301.

Im gewöhnlichen Widerspruchsverfahren sind obligatorische Ansprüche, mit Ausnahme jener aus Art. 401 OR, nicht zum Widerspruchsverfahren geeignet; sie können jedoch nach Art. 50 VZG von Amts wegen berücksichtigt werden. Vgl. Lenhard, S. 16 ff.

(1353) Vgl. BGE 84 III 33.

(1354) Vgl. dazu Fritzsche, I, S. 227.

(1355) Vgl. BGE 73 III 63; 80 III 139.

schränkt für den Fall, daß der Sachwalter selbst nicht die erforderlichen Schritte zur Aussonderung des Investmentfonds eingeleitet hat. (1356)

II. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Depotbank

Der Investmentfonds kann ebenfalls durch Gläubiger der Depotbank gefährdet sein, wenn diese Zugriff auf von dieser aufbewahrte Fondswerte nehmen.

Im Konkurs der Depotbank wird zwar gleichfalls nach Art. 45 I AFG ein Sachwalter eingesetzt, er ist aber nicht mit der Aussonderung der zum Investmentfonds gehörenden Gegenstände betraut. Kraft Art. 36 IV BankenG gilt das von der Depotbank ordnungsgemäß aufbewahrte Fondsvermögen als angemeldet, so daß die Aussonderung auf Verlangen der Fondsleitung keine Schwierigkeiten bereiten dürfte. (1357)

Wird in das Vermögen der Depotbank ausnahmsweise zwangsvollstreckt, (1358) hat die Depotbank aufgrund ihrer Treuepflicht aus dem Depotbankvertrag bzw. aus den Kollektivanlageverträgen die Fondszugehörigkeit geltend zu machen, wenn ein zum Investmentfonds gehörender Gegenstand gepfändet wird.

III. Das Rechtsverhältnis zu den Gläubigern der Anleger

Da die Anleger im schweizerischen Investmentgeschäft keine rechtliche Gemeinschaft bilden, (1359) stellt sich von vornherein nicht die Frage, ob die Betreuung gegen einen Anleger Einfluß auf den Bestand des Investmentfonds hat. (1360) Wird ein Anteilschein eines Anlegers im Wege der Betreuung verwertet, (1361) berührt dies die Depotbank nur insoweit, als sich der neue Eigentümer durch die Innehabung des Anteilscheines ihr gegenüber legitimiert. (1362)

(1356) S.o.S. 302.

(1357) Das über den Konkurs der Fondsleitung Gesagte gilt entsprechend.

(1358) Vgl. dazu o.S. 301, Fußn. 1346.

(1359) S.o.S. 259.

(1360) Zur Rechtslage im deutschen Recht vgl. o.S. 299.

(1361) Vgl. Art. 42, 88 ff., 130, 256 SchKG.

Sobald ein Anteilschein die Beteiligung an einem geschlossenen Investmentfonds verbrieft, dessen Anteilscheine an der Börse kotiert werden, steht dem freihändigen Verkauf nach Art. 130 Ziff. 2 SchKG nichts entgegen. Fraglich ist die freihändige Verwertung aber bei open-end Investmentfonds, da sich hier das Vorhandensein eines Marktpreises nicht generell unterstellen läßt, und zwar namentlich, wenn es sich um Immobilienanlagefonds handelt, bei denen zwischen dem Liquidationswert und dem gegebenenfalls zustandekommenden Kaufpreis ein erhebliches Disagio bestehen kann.

(1362) S.o.S. 258.

IV. Betreibungsverfahren gegen Immobiliengesellschaften

Die zum Investmentfonds gehörenden Immobiliengesellschaften müssen nach Art. 31 II lit. b AFG eigene Rechtspersönlichkeit haben. Sie können daher auch selbständig Betreuungsschuldner sein; (1363) grundsätzlich sind sie nach Art. 39 SchKG konkurspflichtig. Das Betreibungsverfahren richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des SchKG, wobei auch die Vorschüsse des Anlagefonds - Art. 17 lit. a Ziff. 2 AFV - nicht bevorzugt behandelt werden.

Für die Depotbank unterscheidet sich das Betreibungsverfahren gegen eine Immobiliengesellschaft nicht von entsprechenden Verfahren gegen andere Kunden.

3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG

Das deutsche wie das schweizerische Investmentgesetz haben dafür Sorge getragen, daß der Investmentfonds vor Gläubigern der Fondsverwalter geschützt ist.

Zunächst enthalten beide Gesetze Vorschriften über die Aufrechnung von Schulden der Kapitalanlagegesellschaft bzw. der Fondsleitung mit Forderungen, die zum Investmentfonds gehören, wobei das KAGG jedoch die weitere Regelung trifft: nach § 8 III KAGG besteht das Aufrechnungsverbot hinsichtlich sämtlicher Schulden der Kapitalanlagegesellschaft, während nach Art. 17 II AFG nur solche Schulden dem Aufrechnungsverbot unterliegen, die sich nicht aus der Geschäftstätigkeit für den Investmentfonds ergeben. Auch wenn die schweizerische Lösung sachgemäßer erscheint, so hat die Untersagung jeglicher Aufrechnung mit Schulden der Kapitalanlagegesellschaft für die deutsche Depotbank in der Praxis keine Bedeutung, da sie regelmäßig die Anlagegeschäfte der Kapitalanlagegesellschaft über die Sperrkonten bzw. -depots direkt abwickelt. (1364)

Im Konkurs des Investmentunternehmens bestimmen § 12 III 2 KAGG bzw. Art. 17 I AFG, daß der Investmentfonds als Sondervermögen aussonderungsfähig ist. Dabei hat das AFG die Aussonderung dem von der Aufsichtsbehörde für den in Konkurs geratenen Fondsverwalter eingesetzten Sachwalter übertragen, während nach dem KAGG die Depotbank in ihrer Funktion als Ersatzverwalter des Investmentfonds für die Geltendmachung des Aussonderungsanspruches vorgesehen ist. Im Konkurs der Depotbank tritt im schweizerischen Recht wiederum ein Sachwalter an deren Stelle; dennoch obliegt es in beiden Rechtsordnungen jeweils dem Investmentunternehmen, im Konkurs der Depotbank die Aussonderung der Fondswerte geltend zu machen. (1365) Bei Einzelzwangsvollstreckungen in Gegenstände, die zum Investmentfonds gehören, hat nach dem KAGG die Depotbank die Drittwiderspruchsklage zu erheben, wobei

(1363) Zum Begriff vgl. Fritzsche I, S. 54.

(1364) S. o. S. 77, Fußn. 405.

(1365) S. o. S. 298, 309.

jedoch auch die Kapitalanlagegesellschaft widerspruchsberechtigt ist, wenn sich die Zwangsvollstreckung gegen die Depotbank richtet. (1366) Nach dem AFG ist grundsätzlich die Fondsleitung zur Einleitung des Widerspruchsverfahrens verpflichtet; richten sich die Betreibungsmaßnahmen gegen die Depotbank, so hat auch diese gegen die **Beitreibung** in zum Investmentfonds gehörende Gegenstände die Fondszugehörigkeit geltend zu machen. (1366)

Gefährdet bleiben die bei ausländischen Verwahrern hinterlegten Fondswerte, da die inländische Rechtsordnung mit ihren Schutzvorschriften zugunsten der Anleger des Investmentfonds notwendig auf den Geltungsbereich ihrer Gesetze beschränkt ist. Immerhin hat sowohl die deutsche wie die schweizerische Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, den Schutz der im Ausland aufbewahrten Fondswerte zu überprüfen und gegebenenfalls einen Wechsel der Aufbewahrungsstelle zu verfügen. (1367)

KAPITEL IV

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - PRÜFER

Der Schutz der Bankenkundschaft im allgemeinen und mittelbar der Schutz der Anleger eines von der Depotbank mitverwalteten Investmentfonds verlangt nach einer Prüfung der Geschäftstätigkeit der **Depotbank**. Das KAGG beläßt es bei der allgemeinen bankgeschäftlichen Prüfung durch Abschlußprüfer und Depotprüfer. Das AFG stützt sich auf die bankenmäßige Revisionsstelle und präzisiert deren Überprüfungsaufgaben.

1.1.111 DAS RECHTSVERHÄLTNISS DEPOTBANK - ABSCHLUßPRÜFER UND DEPOTPRÜFER

Die Geschäftstätigkeit der Depotbank in Zusammenhang mit der Verwaltung des Investmentfonds unterliegt hinsichtlich der Prüfung den Vorschriften der §§ 27 ff. KWG, die auf sämtliche Kreditinstitute Anwendung finden. (1368) Demgemäß erhalten sowohl Kapitalanlagegesellschaft wie Depotbank einen **Abschluss- und einen Depotprüfer**. (1369) Das KAGG stellt jedoch keine Vorschriften über eine eventuelle Zusammenarbeit der jeweiligen Prüfer auf; (1370) lediglich für die von der Aufsichtsbehörde bestellten Depotprüfer sind entsprechende Weisungen denkbar.

(1366) S. o. S. 298 ff.

(1367) Vgl. dazu u. S. 324.

(1368) Der Umstand, daß das KWG jünger als das KAGG ist, weist darauf hin, daß der Gesetzgeber die Prüfungsvorschriften nach dem KWG auch für die bankenrechtlichen Verhältnisse im Investmentgeschäft für ausreichend hielt.

(1369) Vgl. §§ 27, 30 KWG i. V. m. §§ 2 I, 1 KAGG.

(1370) Anders das AFG. Vgl. u. S. 309.

I. Die Bestellung der Prüfer

§ 27 KWG schreibt für alle Kreditinstitute, und zwar grundsätzlich unabhängig von ihrer Rechtsform, (1371) die Prüfung des Jahresabschlusses vor. Für die **privatrechtliche** Bestellung des Abschlußprüfers (1372) gelten die §§ 163 f. AktG grundsätzlich entsprechend. (1373)

Die Depotbank ist nach § 28 II KWG verpflichtet, den von ihr beauftragten Abschlußprüfer der Aufsichtsbehörde anzuzeigen, welche gegebenenfalls die Bestellung eines anderen Prüfers verlangen kann **oder** die Bestellung eines Prüfers beim Registergericht der Depotbank zu beantragen berechtigt ist. (1374)

Da die Depotbank im Zusammenhang mit dem Investmentgeschäft auch das Depotgeschäft i. S. d. § 1 I Ziff. 5 KWG betreibt, hat bei ihr neben der Prüfung des Jahresabschlusses gemäß § 30 KWG auch die sogenannte Depotprüfung stattzufinden. Im Gegensatz zum Abschlußprüfer wird der Depotprüfer nicht **privatrechtlich beauftragt, sondern** von der Aufsichtsbehörde im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Auftragsverhältnisses bestellt. (1375) Jedoch ist die Depotbank zur Ablehnung des ihr bezeichneten Depotprüfers berechtigt. (1376)

II. Der Umfang der Prüfungen

Der Abschlußprüfer der Depotbank kontrolliert ihren aus der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und aus gewissen Anlagen bestehenden Jahresabschluß. Nach § 27 I 1 KWG ist die Buchführung der Depotbank (1377) und ihr Geschäftsbericht, soweit er den Jahresabschluß erläutert, in die Prüfung einzubeziehen, (1378) wobei nicht nur die formelle Ordnungsmäßigkeit, sondern auch die sachliche Richtigkeit der Prüfungsunterlagen zu kontrollieren ist. (1379) Über den Umfang der Prüfung bestehen im üb-

(1371) Nur Kreditinstitute in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft sind unter bestimmten Voraussetzungen nach § 27 I 3 KWG von der Pflicht der Bestellung eines Abschlußprüfers ausgenommen.

(1372) Es sind nach § 164 AktG als Abschlußprüfer nur Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zugelassen.

(1373) § 27 II KWG trifft für die nicht aktienrechtlich aufgezogenen Kreditinstitute besondere Vorschriften für die Beauftragung des Prüfers. Vgl. dazu Consbruch-Möller, § 27 Anm. 4.

(1374) Die Depotbank kann gegen diese Verwaltungsakte der Aufsichtsbehörde verwaltungsgerichtlich vorgehen. Vgl. Consbruch-Möller, § 28 Anm. 3; § 6 Anm. 4.

(1375) Vgl. dazu Consbruch-Möller, § 32 Anm. 1.

(1376) Auch hier steht der Depotbank der Verwaltungsrechtsweg offen. Vgl. Consbruch-Möller, § 30 Anm. 3; § 6 Anm. 4.

(1377) S. dazu o. S. 119.

(1378) Vgl. den mit § 162 AktG. übereinstimmenden Wortlaut.

(1379) D. : Ab. 1193; f. : im Gegensatz § 30 KWG hinsichtlich Erfüllung gewisser Anzeigepflichten gegenüber der Bankaufsichtsbehörde zu überprüfen. Davon betrifft

rigen noch besondere Richtlinien der Bankaufsichtsbehörde. (1380) Der Depotprüfer hat bei seiner Kontrolle der **Depotbank** darauf zu achten, ob die Depotbank die gesetzlichen Vorschriften - insbesondere des KAGG und des DepG - sowie die Berufsauffassung des Kreditgewerbes über die Handhabung des **Wertpapiergeschäftes** beachtet hat; (1381) auch hier sind die Richtlinien der Aufsichtsbehörde zu befolgen. (1382)

Der Abschlußprüfer hat seinen Prüfungsbericht gemäß § 26 KWG auch der Bankaufsichtsbehörde und der Bundesbank einzureichen. Der Depotprüfer hat seinen Prüfungsbericht nur der Bankaufsichtsbehörde zu erstatten. (1383)

2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

Die schweizerischen Banken werden gemäß Art. 18 ff. BankenG von einer Revisionsstelle geprüft. Da die Fondsleitung des schweizerischen Investmentgeschäftes nicht notwendig eine Bank ist, mußte das AFG als Spezialgesetz schon aus diesem Grund besondere Revisionsvorschriften für die Fondsleitung aufnehmen. Darüberhinaus erweitert das AFG aber den Umfang der Prüfung gegenüber der bankengesetzlichen Prüfung, was auch für die Depotbank für ihre Geschäftstätigkeit in Zusammenarbeit mit der Fondsleitung gilt. Des weiteren **regelt** das AFG zusätzlich die Zusammenarbeit der Revisionsstelle der Fondsleitung mit der Revisionsstelle der Depotbank.

I. Die Bestellung der Revisionsstelle

Für die Depotbank ist hinsichtlich ihrer Mitwirkung bei der Verwaltung des Investmentfonds ihre bankengesetzliche Revisionsstelle zuständig. (1384) Die Depotbank

aber keine die Anzeigepflichten der Depotbank im Rahmen des Investmentgeschäftes.

(1380) Vgl. dazu Consbruch-Möller, § 27 Anm. 5, S. 227.

..(1381) Vgl. Consbruch-Möller, § 30 Anm. 4.

Bemerkenswerterweise fehlt bei der Prüfung durch den Abschluß- bzw. den Depotprüfer die Kontrolle im Hinblick auf die Einhaltung der **zusätzlichen**, in den Vertragsbedingungen des Investmentfonds enthaltenen, über das KAGG hinausgehenden Depotbankpflichten. Vgl. jedoch die schweizerische Regelung, u. S. 309 f.

(1382) Vgl. hierzu Consbruch-Möller, § 30 Anm. 1. Die Richtlinien sind abgedruckt in WM 1951, 159.

(1383) Vgl. hierzu Consbruch-Möller, § 30 Anm. 4, S. 239 f.

(1384) Arg. Art. 39 II AFG.

Revisionsstellen können nur Revisionsverbände oder Treuhandgesellschaften sein, Art. 30 BankenV.

kann - wie die Fondsleitung (1385) - ihre Revisionsstelle aus der Liste der von der Aufsichtsbehörde anerkannten Revisionsstellen auswählen. (1386) Die Auswahl und die Beauftragung der Revisionsstelle ist nicht genehmigungspflichtig. Jedoch kann die Aufsichtsbehörde, wenn z. B. die Unabhängigkeitsvoraussetzungen der Art. 20 III BankenG, 32 lit. c, d BankenV, nicht oder nicht mehr gegeben sind, die Anerkennung einer Revisionsstelle gemäß Art. 33 I lit. b BankenV widerrufen und somit - bei Rechtskraft ihrer Verfügung - die Depotbank zur Beauftragung einer anderen Revisionsstelle zwingen.

Die Depotbank hat nach Art. 35 BankenG spätestens bei Beginn ihres Rechnungsjahres (1387) eine Revisionsstelle mit der Wahrnehmung der gesetzlichen Prüfungsaufgaben zu beauftragen. Dabei obliegt der Aufsichtsbehörde, gemäß Art. 23 III lit. f BankenG, die ordnungsgemäße Hinzuziehung einer Revisionsstelle festzustellen. (1388)

Was die Bestellung der Revisionsstelle der Fondsleitung anlangt, hat die Depotbank nach dem Gesetz keinen Einfluß auf die Auswahl oder Beauftragung, obwohl sie jener fremden Revisionsstelle nach Art. 39 I AFG auskunftspflichtig ist.

Die Depotbank hat die Kosten der Revision ihrer Geschäftstätigkeit bei der Mitwirkung der Fondsverwaltung gemäß Art. 22 BankG selbst zu tragen bzw. als durch ihren vertraglichen Vergütungsanspruch abgegolten zu betrachten. (1389)

(1385) Zu den von der Fondsleitung gemäß Art. 34 AFV herbeizuziehenden Revisionsstellen gibt das AFG bzw. die AFV eine besondere Regelung. Zunächst hat die Fondsleitung für ihr Investmentgeschäft gemäß Art. 37 II AFG i. V. m. Art. 32 AFV die gleiche Revisionsstelle zu beauftragen, die sie, sofern sie eine Bank ist, für die übrigen Bankgeschäfte herbeigezogen hat. Hat die Fondsleitung noch keine Revisionsstelle beauftragt, so stehen ihr einmal die als Revisionsstellen von Banken gemäß Art. 20 I BankenG, 30 ff. BankenV anerkannten Revisionsverbände und Treuhandgesellschaften zur Verfügung, zum anderen die in der von der Aufsichtsbehörde zur Verfügung gehaltenen Liste - Art. 33 IV AFV - verzeichneten Revisionsstellen von Fondsleitungen, deren Anerkennung sich nach Art. 31 AFV richtet. Dabei stimmen die in Art. 30 II BankenG und in Art. 31 I, II AFV aufgezählten Anerkennungsvoraussetzungen nicht überein, obwohl die bankengesetzliche wie die anlagefondsgesetzliche Revisionsstelle gleichermaßen zur Revision des Investmentgeschäftes geeignet sein sollen. Es kann daher nur auf eine genügend weite Interpretation durch die Aufsichtsbehörde - in diesem Sinne äußert sich auch die Botschaft, S. 309 - gehofft werden, damit es nicht auch praktisch zu einer ungleichen Behandlung kommt.

(1386) Nach Art. 30 BankenV können nur gewisse Revisionsverbände und Treuhandgesellschaften Revisionsstellen von Banken sein.

1) Es handelt sich nicht um das Rechnungsjahr der Fondsleitung und damit des Investmentfonds, sondern um jenes der Depotbank.

Demgegenüber ist die Fondsleitung aufgrund Art. 34 II 1, H. S. AFV verpflichtet, die Beauftragung der Revisionsstelle sogleich der Bankaufsichtsbehörde mitzuteilen.

Fondsleitung hingegen kann die Kosten der Revision durch ihre Revisions-

II. Der Umfang der Prüfungen

Im Unterschied zum deutschen Investmentgesetz enthält das schweizerische Gesetz spezielle Vorschriften für die Durchführung der Revision beider Fondsverwalter; sie sollen nach Art. 39 II AFG dazu dienen, "Doppelspurigkeiten und Lücken in der Revision zu vermeiden."

Die Depotbank ist einer doppelten Kontrollbefugnis unterworfen, und zwar zunächst den Prüfungen seitens der von ihr beauftragten Revisionsstelle, alsdann kraft Gesetzes den unmittelbaren und mittelbaren Kontrollen durch die Revisionsstelle der Fondsleitung.

Die Revisionsstelle der Depotbank hat nicht nur nach den allgemeinen Vorschriften für Bankenrevision die Jahresrechnung und unter anderem das Depotgeschäft zu prüfen. (1390) Weitergehende Revisionspflichten ergeben sich aus der vom Gesetzgeber in Art. 39 II AFG postulierten Zusammenarbeit mit der Revisionsstelle der Fondsleitung, die entweder in der AFV konkretisiert sind, vertraglich vereinbart werden können oder sich von Fall zu Fall auf **Gesuch** der anderen Revisionsstelle ergeben. (1391) Weiterhin gilt Art. 37 IV BankenV, wonach die Bankenkommission befugt ist, über den Inhalt des Revisionsberichtes allgemeine Weisungen zu erlassen und in besonderen Fällen den Umfang der Revision zu bestimmen. Damit ist die gesamte Geschäftstätigkeit der Depotbank in Zusammenhang mit der Investmentfondsverwaltung der Überprüfung durch die Revisionsstelle der Depotbank unterzogen. Spielraum besteht lediglich in soweit, wie es um den Inhalt des Revisionsberichtes der Revisionsstelle der Depotbank geht; hinsichtlich der Prüfungsbefugnis aber macht gerade Art. 36 III, IV AFV deutlich, daß die Investmentrevision umfassend ist. (1392)

Die Revisionsstelle hat nach Art. 36 V AFV der Revisionsstelle der Fondsleitung einen schriftlichen Bericht über die vorgenommenen Prüfungen und deren Ergebnisse zuzustellen; im übrigen ist sie nach Art. 36 III AFV bei der Feststellung von Mißständen in Zusammenhang mit der Fondsverwaltung der Depotbank oder der Fondsleitung benachrichtigungspflichtig.

Der Aufsichtsbehörde muß die Revisionsstelle der Depotbank nur in besonderen Fällen Bericht erstatten bzw. den Revisionsbericht aushändigen. (1393)

Die Prüfungsbefugnis der Revisionsstelle der Fondsleitung wirkt sich gegenüber der Depotbank unmittelbar dadurch aus, daß diese gemäß Art. 39 I AFG von der Depotbank jegliche Auskunft verlangen kann, die sich auf den in Art. 38 I AFG gesteckten Prü-

stelle grundsätzlich nach Art. 37 III 2. H. S., 11 II lit. c AFG dem Anlagefonds belasten; dabei müssen die tarifmäßigen Kosten - maßgebend ist der Beschluß der Eidgenössischen Bankenkommission vom 26.5.1967, AS 1967, 919 - anteilig umgelegt werden, falls die Fondsleitung mehrere Fonds verwaltet.

(1390) Art. 19 I BankenG, Art. 38 lit. k BankenV.

(1391) Vgl. die Beispiele in Art. 36 AFV.

(1392) Vgl. Botschaft, S. 307 f.

(1393) Art. 2 III, IV, 23 lit. i, k BankenG, 41 III BankenV; 36 V, 2 H. S.

fungsrahmen bezieht: zu prüfen, ob die Depotbank die gesetzlichen Vorschriften und die Bestimmungen des Fondsreglements eingehalten hat. Daneben wird die Depotbank mittelbar von der Kontrollbefugnis jener Revisionsstelle betroffen, indem ihre eigene Revisionsstelle aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen oder auf jeweiliges Gesuch der anderen Revisionsstelle Untersuchungen bei ihr vornimmt.

Der von der Revisionsstelle der Fondsleitung gemäß Art. 37 ff. AFV verfaßte Revisionsbericht wird auch der Depotbank zugestellt; (1394) ebenfalls erhält ihn die Aufsichtsbehörde, welche darüberhinaus gemäß Art. 38 III AFG sogleich zu benachrichtigen ist, wenn z. B. bei der Depotbank unredliche Handlungen zum Nachteil der Anleger oder sonstige schwere Mißstände durch die Revisionsstelle der Fondsleitung wahrgenommen werden.

3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG

Die Prüfung der Geschäftstätigkeit der Depotbank in Zusammenhang mit dem Investmentgeschäft wird in den beiden zum Vergleich anstehenden Rechtsordnungen als gewerbepolizeiliche Aufgabe in enger Zusammenarbeit mit der eigentlichen öffentlichen Ansicht angesehen.

In Deutschland ist die Prüfung der Depotbank Angelegenheit der bankenüblichen Kontrolle durch den privatrechtlich bestellten Abschlußprüfer und den öffentlich-rechtlich zugewiesenen Depotprüfer. Auch für die Kapitalanlagegesellschaft bleibt es bei den im KWG enthaltenen Prüfungsvorschriften. Jedoch hat die Aufsichtsbehörde, das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, so weitreichende Befugnisse, daß eine ausreichende Kontrolle des Investmentgeschäftes gewährleistet erscheint. Die Kosten der Prüfung obliegen unmittelbar bzw. mittelbar durch Umlage dem zu prüfenden Kreditinstitut; eine Kostenabwälzung auf den Investmentfonds ist nicht zulässig. (1395)

(1394) Art. 38 II AFG, 37 IV AFV.

(1395) Denn es handelt sich nicht um Aufwendungen, die zur Durchführung der Verwaltung des Investmentfonds notwendig sind; selbst bei der Kapitalanlagegesellschaft sind diese Aufwendungen im Gesellschaftsinteresse gemacht. Vgl. § 670 BGB. S. a. o. S. 113 f.

Im schweizerischen Investmentgeschäft erfolgt die Prüfung der Depotbank (1396) durch die von der Depotbank beauftragte Revisionsstelle in Zusammenarbeit mit der von der Fondsleitung zugezogenen Revisionsstelle. Dabei ist die Revision wesentlich verschieden von jener der Banken nach dem BankenG, aber auch umfangreicher als die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung der Depotbank in Deutschland, da die Revisionsstellen auch die Einhaltung des Fondsreglement zu kontrollieren haben. (1397) Im schweizerischen Investmentgeschäft ist es gestattet, die Kosten der Revision der Fondsleitung dem Investmentfonds zu belasten, bezüglich dessen die Prüfung stattgefunden hat. Die Tätigkeit der Revisionsstelle der Depotbank bleibt aber auf Rechnung der Depotbank und kann nicht auf den Fonds, auch nicht teilweise, abgewälzt werden; dies selbst dann, wenn die Revisionsstelle auf Gesuch der Revisionsstelle der Fondsleitung tätig wird.

KAPITEL VII

DAS RECHTSVERHÄLTNISS DEPOTBANK - AUFSICHTSBEHÖRDE

Sowohl das deutsche wie das schweizerische Investmentgesetz sind von der Idee getragen, daß das Investmentgeschäft, das größere Mittel bindet und für das in der breiten Öffentlichkeit geworben wird, der öffentlichen Aufsicht unterstellt werden muß, und zwar namentlich zum Schutze der Anleger. (1398)

Im deutschen Investmentgeschäft untersteht die Depotbank wie die Kapitalanlagegesellschaft bereits wegen der bei beiden notwendig gegebenen Kreditinstitutsbeziehung der öffentlichen Aufsicht durch die Bankenaufsichtsbehörde. Für das schweizerische Investmentgeschäft mußte für diejenigen Fondsleitungen, die keine Banken sind, im AFG die gesetzliche Grundlage für die Zuständigkeit der Bankaufsichtsbehörde geschaffen werden. Aber auch was die schweizerische Depotbank betrifft, sind die Bestimmungen des AFG weitergehend als die des BankenG.

(1396) Sie ist nur bei inländischen Depotbanken durchsetzbar.

(1397) Nach § 11 VIII 1 Ziff. 1 KAGG ist es stattdessen Aufgabe der Depotbank, die Einhaltung der Vertragsbedingungen zu überwachen bzw. zu verlangen. Hinsichtlich des Aufgabenbereiches der Depotbank übt die Kapitalanlagegesellschaft aufgrund des Depotbankvertrages die Kontrolle über die von ihr hinzugezogene Depotbank aus. Vgl. o. S. 118 ff.

(1398) Vgl. o. S. 19 ff.

Das Rechtsverhältnis der Depotbank zur Bankaufsichtsbehörde unterscheidet sich im Hinblick auf die Beteiligung an der Verwaltung eines Investmentfonds dadurch von jenem nach den §§ 32 ff. KWG, daß die Aufnahme des Investmentgeschäftes durch die Depotbank anzeigepflichtig ist (1399) und dass noch gewisse noch gewisse besondere Anzeigepflichten und Genehmigungspflichten bestehen. (1400)

Die Aufsichtsbehörde

Aufsichtsbehörde des deutschen Investmentgeschäftes ist das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen in Berlin, eine selbständige Bundesoberbehörde, welche der Dienstaufsicht des Bundeswirtschaftsministeriums untersteht. (1401)

Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen übt die öffentliche Aufsicht über die Depotbank in ihrer Funktion als Depotbank des Investmentfonds nach den Vorschriften des KWG und des KAGG aus; sonstige gesetzliche Vorschriften sind für die Aufsichtsbehörde nur im Rahmen des Gesichtspunktes der Zuverlässigkeit bei der Erteilung bzw. Rücknahme der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb beachtlich. (1402)

Die Natur des Rechtsverhältnisses

Die Depotbank steht zur Aufsichtsbehörde in einem öffentlichrechtlichen Subordinationsverhältnis. Für das Rechtsverhältnis sind daher die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze maßgebend. Rechtsstreitigkeiten bestimmen sich nach den Vorschriften der VwGO. (1403)

(1399) Vgl. u.S. 313 f.; 3. a.O.S. 163 f.

(1400) Für das Rechtsverhältnis der Depotbank zur Bankaufsichtsbehörde sind neben den §§ 32 ff. KWG die §§ 11 I, II; 13 II 2; 20 II 2 KAGG i. V. m. § 62 II KWG maßgebend.

Vgl. bezüglich der Kapitalanlagegesellschaft in ihrem Verhältnis zur Aufsichtsbehörde §§ 11 I 2, II; 2; 4 I; 7 III 2; 14 II, III; 20 II 1 KAGG i. V. m. § 62 II KWG.

(1401) § 5 I KWG i. V. m. Art. 87 III 1 GG; Vgl. dazu BVerfGE 14, 197 ff.; Maunz-Dürig, Art. 87 Rdn. 49. Zu den Aufgaben der Aufsichtsbehörde vgl. Consbruch-Möller, § 6 Anm. 1.

(1402) Vgl. Consbruch-Möller, § 6 Anm. 1.

Vgl. Art. 19 IV GG i. V. m. §§ 40 I, 4 VwGO. Bei Erlass von Bußgeldbescheiden nach §§ 56 ff. KWG sind jedoch die ordentlichen Gerichte zuständig, §§ 67 ff. VwGO.

Die Bankaufsichtsbehörde kann auf die Depotbank durch Verwaltungsakte oder durch Allgemeinverfügungen einwirken. (1404) Daneben steht der Aufsichtsbehörde ein Bußgeldverfahren zur Verfügung. (1405) Zur Durchsetzung der gesetzmäßig erlassenen Verfügungen stehen ihr auch die Zwangsmittel des VwVG zur Hand. (1406)

III. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses

Der Inhalt des Rechtsverhältnisses der Depotbank zur Aufsichtsbehörde bestimmt sich nach den im KAGG, KWG und in den Richtlinien der Aufsichtsbehörde enthaltenen Aufgaben und Befugnissen der Aufsichtsbehörde bzw. Pflichten der Depotbank. Nachfolgend soll darauf nur insoweit eingegangen werden, wie die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen Einfluß auf das Investmentgeschäft der Depotbank haben können.

A. der Widerspruch gegen die Auswahl der Depotbank

Will die Depotbank im Auftrag einer Kapitalanlagegesellschaft bei der Verwaltung eines Investmentfonds mitwirken, muß sie bereits im Besitz einer Erlaubnis nach § 32 KWG zur Aufnahme des Geschäftsbetriebes als Bank sein. (1407) Ihre Mitwirkung ist alsdann vom Ergebnis der Anzeige der Kapitalanlagegesellschaft nach § 11 I 2 KAGG über die getroffene Auswahl dieses Kreditinstitutes zur Depotbank abhängig. (1408)

Sofern die Depotbank in ihrer Erlaubnis zur Aufnahme des Geschäftsbetriebes weder eine Auflage noch eine Beschränkung der Erlaubnis auf einzelne Bankgeschäfte - § 32 II KWG - erhalten hat, wonach sie nicht als Depotbank i. S. d. KAGG wirken darf, hat die Aufsichtsbehörde grundsätzlich sich des Widerspruchs zu enthalten. Die Erhebung des Widerspruchs nach § 11 I 3 KAGG gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft ist nur als zulässig zu erachten, wenn sie mit einer Rücknahme bzw. einer Beschränkung der Erlaubnis der Depotbank verbunden ist. (1409) Andernfalls muß im Widerspruch der Bankaufsichtsbehörde ein Ermessensmißbrauch gesehen werden, da das KAGG keine besonderen Kriterien aufstellt, wonach sich die Eignung eines Kreditinstitutes zur Depotbank i. S. d. § 11 I KAGG bemißt. (1410)

(1404) § 6 II KWG.

(1405) §§ 56 ff. KWG i. V. m. §§ 1, 35 ff., 65 f. OWiG. Vgl. Consbruch-Möller, § 54 Anm. 10.

(1406) Verwaltungs- und Vollstreckungsgesetz v. 23. 4. 1953.

(1407) Arg. § 11 I 1 KAGG. Zur Erlaubnis vgl. Consbruch-Möller, § 31 Anm. 2 u. 7.

(1408) S. dazu o. S. 193 f.

(1409) Vgl. hierzu Consbruch-Möller, § 35 Anm. 3; Szagunn-Neumann, § 35 Anm. 13.

(1410) Anders indes Art. 5 III AFG.

(1411) Vgl. zu den Rechtsbehelfen gegen beschwerende Verwaltungsakte der Aufsichtsbehörde Consbruch-Möller, § 6 Anm. 4.

Da die Depotbank jedoch nicht Adressat der aufsichtsbehördlichen Maßnahme ist, sondern der Widerspruch gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft erfolgt, dieser belastende Verwaltungsakt also nur ihr gegenüber eine Beschwerde bedeutet, kann die Depotbank gegenüber dieser **Maßnahme keine verwaltungsgerichtlichen Schritte unternehmen**, (1411) nur der Kapitalanlagegesellschaft steht die Erhebung der Anfechtungsklage offen.

B. Aufsicht und Prüfung

Die Aufsicht des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen betrifft sämtliche Geschäftsangelegenheiten und damit auch die Tätigkeit der Depotbank in Zusammenhang mit der Verwaltung des Investmentfonds. Nach § 44 KWG kann die Aufsichtsbehörde von der Depotbank wie von den Mitgliedern ihrer Organe Auskunft über sämtliche mit der Depotbankfunktion in Beziehung stehenden Geschäftsangelegenheiten verlangen, und zwar durch die Auferlegung von Anzeige- und Einreichungs- bzw. Vorlagepflichten im allgemeinen oder durch spezielle Auskunftsbegehren im besonderen Einzelfall. (1412) Hierunter fällt schon die in § 20 II KAGG vorgeschriebene Bestätigungspflicht bezüglich der Statusaufstellungen der Kapitalanlagegesellschaft; (1413) § 44 KWG ermächtigt jedoch die Aufsichtsbehörde, auch noch andere Auskünfte zu verlangen.

Neben der Auskunft i. e. S. kann die Bankaufsichtsbehörde nach § 44 I Ziff. 1 KWG die Vorlegung der Bücher und Schriften verlangen; darunter fallen auch alle internen Aufzeichnungen - Aktenvermerke - der Depotbank. (1414)

Außerdem kann die Aufsichtsbehörde, und zwar unabhängig von der Jahres- und Depotprüfung, durch eigene Beauftragte gemäß § 9 I KWG an Ort und Stelle Sonderprüfungen vornehmen lassen, um die Ordnungsmässigkeit der Geschäftstätigkeit der Depotbank bei Erfüllung ihrer Aufgaben aus dem Depotbankvertrag zu überprüfen, soweit es sich um den im KAGG festgelegten zwingenden Inhalt handelt.

Verweigert die Depotbank gegenüber der Aufsichtsbehörde oder deren Beauftragten die Auskunftserteilung oder die Gestattung einer Sonderprüfung, kann die Aufsichtsbehörde zur Ersatzvornahme oder zum unmittelbaren Zwang greifen; (1415) auch kann sie ein Zwangsgeld androhen oder eine Geldbuße festsetzen. (1416)

(1412) Vgl. Szagunn-Neumann, § 44 Anm. 6; einschränkend Consbruch-Möller, § 44 Anm. 2, S. 312.

(1413) S. dazu o. S. 119.

(1414) Vgl. Consbruch-Möller, § 44 Anm. 2, S. 312 f.

(1415) §§ 50 KWG i. V. m. §§ 6, 9 f., 12 VwVG.

(1416) §§ 50, 56 KWG.

C. Die Anordnung des Depotbankwechsels

Nach § 11 II KAGG kann die Aufsichtsbehörde der Kapitalanlagegesellschaft jederzeit "einen Wechsel der Depotbank auferlegen". (1417)

Dieser den Depotbankwechsel anordnende Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde richtet sich nur mittelbar an die Depotbank; doch ist denkbar, daß die Maßnahme nach § 11 II KAGG mit einer Beschränkung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb nach §§ 35 i. V. m. 32 II KWG einhergeht. Auch könnte die Bankaufsichtsbehörde den Depotbankwechsel dadurch herbeiführen, daß sie sich nur mit einer Maßnahme nach § 35 KWG gegenüber der Depotbank begnügt, wodurch diese dann ihrerseits ihr Rechtsverhältnis mit der Kapitalanlagegesellschaft beenden muß. (1418) Eine Anordnung des Depotbankwechsels gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft ist als unzulässig anzusehen, solange die Aufsichtsbehörde nicht die Depotbank selbst mit einer Maßnahme nach §§ 35 f. KWG versehen hat. (1419).

Die Anordnung des Depotbankwechsels hat keine unmittelbar rechtsgestaltende Kraft. Die Fondsverwalter müssen demgemäß nach Rechtskraft des aufsichtsbehördlichen Verwaltungsaktes ihr Rechtsverhältnis zur Beendigung bringen. (1420)

Der den Depotbankwechsel anordnende Verwaltungsakt der Bankaufsichtsbehörde ist kein die Depotbank beschwerender Verwaltungsakt; sie kann demgemäß gegen die Bankaufsichtsbehörde auf dem Verwaltungsrechtswege nicht vorgehen.

D. Untersagung der Investment-Geschäftstätigkeit der Depotbank

Wie bereits im vorhergehenden Abschnitt erwähnt, kann die Aufsichtsbehörde gemäß § 35 II KWG die Betriebserlaubnis der Depotbank gänzlich zurücknehmen oder aber auch z. B. in der Weise beschränken, daß sie nicht mehr als Depotbank im Investmentgeschäft tätig sein darf. Unter den Voraussetzungen des § 35 II KWG kommen besonders in Frage:

- Unzuverlässigkeit oder mangelnde fachliche Eignung (1421)
- Gefahr für die Sicherheit anvertrauter Vermögenswerte (1422)

Unzuverlässigkeit der Depotbank müßte man etwa annehmen, wenn sie ihrer Überwachungspflicht und der Pflicht zur Geltendmachung der Ansprüche der Anleger, d. h. der Einhaltung der Vertragsbedingungen, (1423) nicht nachkommt. Eine Gefähr-

(1417) Vgl. dazu o. S.

(1418) S. dazu o. S. 167.

(1419) Dieser Fall liegt parallel zur Sachlage bei der Auswahl der Depotbank, s. o. S. 163.

(1420) S. dazu o. S. 167.

(1421) § 35 II Ziff. 3 KWG.

(1422) § 35 II Ziff. 4 KWG.

(1423) Zur entsprechenden Aufgabe der schweizerischen Revisionsstelle vgl. o. S. 309 f.

dung der Sicherheit des Investmentfonds läge z. B. in der Mißachtung der depotrechtlichen Vorschriften und der besonderen Bestimmungen des § 11 III KAGG; zudem liegt darin auch eine Unzuverlässigkeit der Depotbank i. S. d. § 35 II Ziff. 3 KWG. (1424)

E. Abberufung von Geschäftsleitern und einstweiligen Anordnungen

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat das KWG statt der radikalen Maßnahme der Rücknahme der Betriebserlaubnis im ganzen oder der Beschränkung auf das Investmentgeschäft ausschließende Geschäftszweige auch mildere Eingriffe, nämlich die Abberufung von Geschäftsleitern - § 36 I KWG - und die einstweiligen Maßnahmen - § 46 I KWG - vorgesehen. Es braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht näher darauf eingegangen werden, da sich das Investmentgeschäft der Depotbank insoweit nicht von ihren sonstigen Geschäftszweigen unterscheidet. (1425) (1426)

F. Zur Frage der Gewähr eines Rückzahlungsaufschubes

Im Hinblick auf die schweizerische Regelung der Art. 21 IV AFG, wonach die schweizerische Bankenkommission bei Vorliegen außerordentlicher Verhältnisse befristete Rückzahlungsaufschübe gewähren kann, (1427) stellt sich auch für das deutsche Investmentgeschäft die Frage, ob die Aufsichtsbehörde der Kapitalanlagegesellschaft einen Aufschub für die Rückzahlung zur Rücknahme eingereicherter Anteilscheine (1428) gewähren kann. (1429) Diese Frage berührt die Depotbank insoweit, als sie mit der Rücknahme und Auszahlung der Anteilscheine betraut ist. (1430)

(1424) Diese Anordnung der Aufsichtsbehörde ist ein die Depotbank belastender Verwaltungsakt, gegen den diese verwaltungsgerichtlich vorgehen kann. Vgl. o. Fußn. 1403.

(1425) Vgl. dazu Consbruch-Möller, § 35 Anm. 6, 7; §§ 36, 46 mit Anm.

(1426) S. a. Fußn. 1424.

(1427) S. u. S. 325.

(1428) S. dazu o. S. 96.

(1429) Diese Frage ist von umso größerer Bedeutung, als nach der hier vertretenen Auffassung das Rücknahmerecht der Anleger jederzeit ausübbar ist und demgemäß der Auszahlungsanspruch mit der Rücknahme des Anteilscheines fällig wird. Vgl. o. S. 97.

(1430) S. o. S. 94 ff.

Bei hinsichtlich der Erfüllung der Rücknahmebegehren unzureichender Liquidität der Kapitalanlagegesellschaft (1431) kann die Bankaufsichtsbehörde nach § 45 KWG gewisse der Liquiditätsbesserung dienende Maßnahmen treffen; dazu zählt aber nicht die Gewährung eines Fälligkeitsaufschubes. Diese Befugnis steht der Bankaufsichtsbehörde auch nicht nach § 46 I KWG zu, demgemäß sie unter den einstweiligen Maßnahmen insbesondere Anweisungen für die Geschäftsführung der Kapitalanlagegesellschaft erlassen kann. (1432)

Ausschließlich die Bundesregierung kann nach § 47 I Ziff. 2 KWG durch Rechtsverordnung "einem Kreditinstitut einen Aufschub für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gewähren und anordnen, daß während der Dauer des Aufschubes Zwangsvollstreckungen, Arreste und einstweilige Verfügungen gegen das Kreditinstitut sowie das Vergleichsverfahren oder der Konkurs über das Vermögen des Kreditinstitutes nicht zulässig sind." Dabei hat die Bundesregierung die Bundesbank nach § 47 II KWG anzuhören. Voraussetzung für ein solches Moratorium ist aber, daß die Kapitalanlagegesellschaft in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten könnte, welche "schwerwiegende Gefahren für die Gesamtwirtschaft, insbesondere den geordneten Ablauf des allgemeinen Zahlungsverkehrs, erwarten lassen," keineswegs ist aber die besondere Situation eines Investmentfonds der Kapitalanlagegesellschaft ausreichend, wo etwa eine panikartige Häufung von Rücknahmebegehren zu verzeichnen ist. (1433)

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Bankaufsichtsbehörde für die Rückzahlung von Anteilscheinen keinen Fälligkeitsaufschub gewähren kann. Der Bundesregierung steht jedoch gemäß § 47 I Ziff. 1 KWG die Anordnung eines Moratoriums für die Kapitalanlagegesellschaft zur Verfügung. Indessen darf sich dieser Fälligkeitsaufschub nicht am Interesse der Gemeinschaft der Anleger orientieren, sondern ausschließlich am Interesse der Gesamtwirtschaft; auch muß die Kapitalanlagegesellschaft selbst wirtschaftliche Schwierigkeiten befürchten lassen - ein von der Wünschbarkeit des Fälligkeitsaufschubes für die Auszahlung der Anteile zu unterscheidender Tatbestand. Hier liegt eine für das deutsche Investmentgeschäft empfindliche Lücke vor, die de lege ferenda etwa entsprechend dem schweizerischen Beispiel durch Kompetenzzuweisung an die Bankaufsichtsbehörde geschlossen werden könnte. Derzeit behelfen

(1431) Die Kapitalanlagegesellschaft ist Schuldner des Auszahlungsanspruches der Anleger. Vgl. o. S.

(1432) Die Aufsichtsbehörde könnte etwa anordnen, vorläufig keine schwer realisierbaren Wertpapiere für den Investmentfonds anzuschaffen. Vgl. a. Schork, § 46 Rdn. 8.

(1433) Dies würde aber im schweizerischen Investmentgeschäft bereits zur Erfüllung des Tatbestandes des Art. 21 IV AFG ausreichen, und zwar unabhängig davon, ob die Fondsleitung zahlungsunfähig ist oder nicht. Vgl. Botschaft, S. 324 zu Art. 20.

sich die Kapitalanlagegesellschaften im Hinblick auf außerordentliche Verhältnisse mit der Vertragsklausel, daß die Auszahlung erst nach interessewahrender Veräußerung entsprechender Fondswerte erfolge; (1434) sie setzen aber damit einseitig die Fälligkeit der Rückzahlung der Anteilscheine fest, die an die Depotbank zurückgegeben sind.

2. TEIL: DAS RECHTSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

Das Rechtsverhältnis der Depotbank zur Aufsichtsbehörde soll hier nur insoweit behandelt werden, wie es die Mitwirkung der Depotbank an der Verwaltung von Investmentfonds betrifft. Die Depotbank ist schon durch die Tatsache, daß sie Bank i. S. des Bankengesetz, der Aufsicht durch die Aufsichtsbehörde unterworfen. (1435) Das AFG hat für die Beteiligung der Depotbank am Investmentgeschäft eine besondere Bewilligung durch die Aufsichtsbehörde geschaffen und der Depotbank gewisse besondere Genehmigungs- und Anzeigepflichten auferlegt. (1436)

I. Die Aufsichtsbehörde

Aufsichtsbehörde über die schweizerischen Depotbanken ist nach Art. 40 AFG die Eidgenössische Bankenkommission in Bern, eine nicht in die Bundesverwaltung eingegliederte besondere Verwaltungsbehörde des Bundes. (1437)

Die Bankenkommission übt die Aufsicht über die Depotbank in ihrer Funktion als Depotbank des Investmentfonds aus, erteilt Bewilligungen und Genehmigungen im Rahmen ihrer gewerbepolizeilichen Aufgabe und greift mitunter gestaltend ins Zivil-

(1434) S. o. S.

(1435) Vgl. das Unterstellungsverfahren nach Art. 1 IV, 13 III lit. a Bankengesetz.

Eine ausländische Depotbank, Art. 5 IV AFG, fällt allerdings nicht notwendig unter Art. 2 I Bankengesetz; für sie beginnt die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde in Bern erst mit dem Antrag auf Bewilligung gemäß Art. 5 IV AFG.

(1436) Vgl. Art. 5 II-IV, 9 I, 13 III, 19 II, III, 28 I lit. c, 41 ff. AFG.

(1437) Vgl. Botschaft, S. 307. Nach Art. 4 des Reglements über die Organisation und Geschäftsführung der Eidgenössischen Bankenkommission v. 25. 8. 1967 obliegt der Kammer für Banken bzw. der Kammer für Anlagefonds die Erledigung der durch das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, bzw. der durch das Bundesgesetz über die Anlagefonds an die "Aufsichtsbehörde", vgl. auch Art. 42 AFG.

recht ein. (1438) Dabei geht ihre Aufsicht inhaltlich über die in Art. 23 BankenG gesetzten Aufgaben hinaus: nach dem AFG hat sie die gesamte mit der Verwaltung des Investmentfonds in Zusammenhang stehende Geschäftstätigkeit der Depotbank zu überprüfen. (1439)

II. Die Natur des Rechtsverhältnisses

Die Depotbank steht zur Aufsichtsbehörde in einem öffentlichrechtlichen Subordinationsverhältnis. Es sind daher neben den gesetzlichen Vorschriften die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze maßgebend. (1440)

Die Aufsichtsbehörde trifft ihre Entscheide durch Verwaltungsakte oder Allgemeinverfügungen. Auch kann sie die Mittel des Verwaltungszwanges einsetzen und bei Vorliegen mit Strafe bedrohter Handlungen (1441) die zuständige kantonale Behörde mit der Durchführung des Strafverfahrens beauftragen. (1442)

Die privatrechtlichen Fragen werden durch die Verwaltungsentscheide der Aufsichtsbehörde nicht präkludiert. (1443) Nach Art. 47 AFG i. V. m. Art. 100 ff. OG kann die Depotbank gegen sie belastende Verwaltungsentscheide der Aufsichtsbehörde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erheben. (1444)

III. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses

Die Inhalt des Rechtsverhältnisses der Depotbank zur Aufsichtsbehörde wird nicht nur durch deren Aufgaben und Befugnisse im gewerbepolizeilichen Bereich bestimmt; durch die Genehmigung des Übernahmevertrages gemäß Art. 19 II AFG wirkt die Behörde unmittelbar auf die Zivilrechtslage beim Depotbankwechsel ein.

A. Die Bewilligung der Beteiligung an der Fondsverwaltung

Die Depotbank, welche sich an der Verwaltung eines Investmentfonds beteiligen will, muß gemäß Art. 5 III, IV eine Bank sein. Zur Aufnahme ihrer Geschäfts-

(1438) Vgl. Botschaft, S. 310.

(1439) Vgl. Botschaft, S. 307 f.

(1440) So gilt etwa der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Vgl. Botschaft, S. 311.

(1441) Vgl. Art. 43 III, 49 f. AFG i. V. m. dem StGB.

(1442) Vgl. hierzu Botschaft, S. 312.

(1443) Vgl. über das Verhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht Botschaft, S. 311 f.

(1444) Vgl. im Gegensatz dazu den enumerativen Katalog in Art. 24 BankenG.

tätigkeit als Depotbank i. S. d. AFG bedarf sie der Bewilligung der Aufsichtsbehörde, welche diese nach Art. 41 II AFG zu erteilen hat, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. (1445)

Wollen mehrere Banken gemeinsam die Rolle der Depotbank übernehmen, so hat jede einzelne Bank Anspruch auf die Erteilung einer aufsichtsbehördlichen Erlaubnis. (1446) Jedoch ist diese Erlaubnis mit einer Auflage bzw. Bedingung zu versehen, wenn es sich um eine ausländische Bank handelt (1447) oder um eine inländische Bank, die für sich allein die Anforderungen an die eigenen Mittel des Art. 5 III AFG nicht erfüllt. (1448)

Die Bewilligung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit braucht grundsätzlich nur einmal beantragt zu werden; die Beteiligung an der Verwaltung weiterer Investmentfonds wird durch die aufsichtsbehördliche Erlaubnis mitgedeckt. (1449) In den Fällen, wo eine einzelne Depotbank allein den Anforderungen des Art. 5 III AFG hinsichtlich der eigenen Mittel nicht genügt oder wo es sich um eine ausländische Bank handelt, braucht im Falle einer neuen Depotbankenkonstellation ebenfalls die Bewilligung nicht erneut beantragt zu werden. Jedoch müssen die eventuell neu hinzukommenden Banken die Erlaubnis erwerben, wenn sie noch keine Bewilligung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Depotbank besitzen. (1450)

B. Die Genehmigung des Fondsreglements

Das von der Fondsleitung und Depotbank gemeinsam aufgestellte Fondsreglement ist gemäß Art. 9 I, 41 AFG von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen. (1451) Ebenso wie bei der Erlaubniserteilung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit bestehen die Genehmigungsvoraussetzungen ausschließlich in der Erfüllung der gesetzlichen Vor-

(1445) Vgl. Art. 5 III, IV AFG. S. a. o. S. 198 f.

(1446) Arg. Art. 5 IV AFG.

(1447) Bedingung für die Beteiligung einer ausländischen Bank ist die Mitwirkung einer schweizerischen Bank, Art. 5 IV AFG. M. E. ist eine Auflage in dem Sinne, daß die schweizerische Bank für sich allein die Anforderungen des Art. 5 III AFG hinsichtlich der eigenen Mittel zu erfüllen hat, nicht zulässig.

(1448) Die Erlaubnis darf nicht an die Auflage oder Bedingung geknüpft werden, daß die betreffende Bank nur in einem bestimmten Depotbankenkonsortium die Geschäftstätigkeit als Depotbank i. S. d. AFG ausüben darf.

(1449) Anders liegt es bei der Genehmigung für die Beteiligung der deutschen Depotbank: Die Kapitalanlagegesellschaft hat nach § 11 I 1, 2 KAGG bei jeder weiteren Fondsauflegung bzw. Verwaltungsübernahme erneut die Auswahl der Depotbank an die Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Vgl. dazu o. S. 163.

(1450) Die Aufsichtsbehörde wird über die neue Depotbankenkonstellation rechtzeitig unterrichtet, indem alle Depotbanken gemäß Art. 11 II lit. a AFG sich im genehmigungspflichtigen Fondsreglement bezeichnen müssen.

(1451) Vgl. o. S. 244 f.

aussetzungen. Diese sind hinsichtlich der Genehmigung des Fondsreglements besonders umfangreich. So hat die Aufsichtsbehörde zu prüfen, ob das Fondsreglement gemäß Art. 11 I AFG "einläßlich und klar" die Rechte und Pflichten der Partner des Dreiecksverhältnisses aus dem Kollektivanlagevertrag wiedergibt. (1452) Der Aufsichtsbehörde kommt dabei eine wesentliche Aufgabe zum Schutze des öffentlich geworbenen Anlagepublikums zu, indem sie vor allem auf einen unmißverständlichen Inhalt des Formularvertrages zu achten hat. (1453) Art. 41 III AFG formuliert eine weitere aus dem Registerwesen bekannte Aufgabe: "Die Genehmigung des Fondsreglements ist zu verweigern, wenn der gewählte Name des Anlagefonds zu Täuschungen Anlaß gibt, namentlich, wenn nationale, territoriale oder regionale Bezeichnungen nicht auf die in Aussicht genommenen Anlagen hinweisen." (1454)

(1452) Vgl. Botschaft, S. 310; Schuster, § 11 Anm. 1. Es müssen namentlich die Angaben i. S. d. Art. 11 II AFG, 10 ff. AFV enthalten sein.

(1453) Damit erfüllt die Aufsichtsbehörde präventiv eine Aufgabe, die sonst allgemein bei Geschäftsbedingungen den Richtern zukommt; verbleiben im genehmigten Fondsreglement dennoch strittige Bestimmungen, so bleibt es bei der Praxis der Rechtsprechung, daß sie zu Lasten der Fondsverwalter zu interpretieren sind, die bei der Aufstellung die Möglichkeit zu sorgfältiger Abfassung besaßen.

(1454) Ergänzt wird die Befugnis der Aufsichtsbehörde aus Art. 41 III AFG zum Schutz des Investmentpublikums durch ihre Kompetenz aus Art. 43 I i. V. m. 2 II AFG, wonach sie bei Sondervermögen, die nicht unter die Legaldefinition des Art. 2 I fallen, die Führung von Namen untersagen kann, die zur Verwechslung mit den Anlagefonds i. S. d. AFG führen können.

In BGE 93 I 476 hat das Bundesgericht die Auslegung des historischen Gesetzgebers - Botschaft, S. 316 - weiter präzisiert und den Leitsatz aufgestellt: für "Sondervermögen, die alle Merkmale außer der öffentlichen Werbung erfüllen, darf die Bezeichnung "Fonds" nicht, auch nicht in irgendeiner Wortverbindung verwendet werden." Zwar will das BG die weitere Bezeichnung "Fonds" nicht generell für das Investmentgeschäft nach dem AFG bzw. für anerkannte ausländische Fonds - vgl. dazu Botschaft, S. 316 einerseits und Art. 6 I AFV, Schuster, Art. 2 AFG Anm. 6 andererseits - reserviert wissen. Da das BG aber in der zit. Entscheidung eine mit "Fonds" zusammengesetzte Bezeichnung auch aus der Erwägung für gesetzwidrig hielt, daß im konkreten Fall die Erwerber von Anteilscheinen des "Solidaritätsfonds" einer investmentmäßigen Organisation gegenüberstünden, deren vom AFG abweichende Organisation ihnen regelmäßig nicht erkennbar sei, ist folglich anzunehmen, daß Aufsichtsbehörden und Rechtsprechung die Bezeichnungen "Fonds", "Investment" oder eine mit ihnen zusammengesetzte Bezeichnung für alle Organisationsformen untersagen werden, die Vermögen investmentmäßig oder -ähnlich verwalten und die Rechte der Beteiligten verbriefen.

Inzidenter hat die Aufsichtsbehörde bei der Genehmigung eines Fondsreglements insbesondere die Frage zu entscheiden, ob der Inhalt des Kollektivanlagevertrages auf die Errichtung eines Anlagefonds i. S. d. AFG zielt, womit das AFG in toto anwendbar wird, (1455) - oder Betreibung des Investmentgeschäftes außerhalb des Geltungsbereiches des AFG bleiben soll - dann ist eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde unstatthaft (1456) oder ob schließlich die Errichtung eines anlagefondsähnlichen Sondervermögens geplant ist, demgemäß die Aufsichtsbehörde nach Art. 1 II AFG, 5 AFV zuständig ist. (1457)

Bei der Änderung des Fondsreglements (1458) tritt an die Stelle des administrativen Genehmigungsverfahrens das richterliche Verfahren nach Art. 10 AFG. Doch hat auch hier die Aufsichtsbehörde zum neuen Text des Fondsreglements Stellung zu nehmen: sie hat nach Art. 10 II AFG zu bestätigen, "daß der neue Text des Fondsreglements die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt." Abgesehen vom anderen Verfahren hat die Bankkommission also auch in diesem Fall ihre Prüfung des Fondsreglements nur am Gesetz, nicht aber an Zweckmäßigkeitserwägungen zu orientieren.

C. Die Meldung ausländischer Hinterlegungsstellen

Nach Art. 13 III 2. H. S. AFG ist jede ausländische Hinterlegungsstelle der Aufsichtsbehörde unverzüglich zu melden, bei der Gegenstände des Investmentfonds aufbewahrt werden. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, wem diese Meldepflicht obliegt. Da die Depotbank nach Art. 18 I AFG für die Aufbewahrung des Fondsvermögens zuständig ist, kann man davon ausgehen, daß sie die Hinzuziehung von Drittverwahrern, die bankenüblich im eigenen Namen des Zwischenverwahrers erfolgt, (1459) auch an die Aufsichtsbehörde zu melden hat. Allerdings ist diese Frage nicht zweifelsfrei, gebührt doch nach Art. 12 I AFG der Fondsleitung die Zuständigkeit in allen Verwaltungsangelegenheiten, die nicht ausdrücklich im AFG der Depotbank zugewiesen sind; und die Meldepflicht des Art. 13 III AFG ist dem die Pflichten der Fondsleitung betreffenden Gesetzesteil zugeordnet. Sofern das Fondsreglement sich nicht zu dieser Frage äußert, ist es für die Depotbank ratsam, die Zuständigkeitsfrage zumindest im Depotbankvertrag zu klären. (1460)

(1455) Vgl. o. S. 25.

(1456) Die Depotbank braucht dann weder eine Bewilligung, noch ist ein Antrag auf Genehmigung des Reglements erforderlich. Da die Rechtslage jedoch selten eindeutig sein wird, ist es ratsam, daß die Depotbank mit dem Investmentunternehmen den Antrag auf Genehmigung des Reglements stellt, um so zu einer Klärung der Rechtslage zu kommen.

(1457) S. o. S. 25.

(1458) S. dazu o. S. 247 ff.

(1459) S. o. S. 290 ff.

(1460) Es braucht sich dabei nicht um eine Abgrenzung der Zuständigkeit i. S. d. Gesetz mit dem Kollektivanlagevertrages zu handeln. Auch wenn

Aufgrund der Meldung kann die Aufsichtsbehörde nach Art. 43 IV AFG gegebenenfalls die Ersetzung einer Hinterlegungsstelle verlangen. (1461)

D. Aufsicht und Prüfung

Die Aufsichtsbehörde überwacht nach Art. 42 I AFG die gesamte Geschäftstätigkeit der Depotbank in Zusammenhang mit der Fondsverwaltung und prüft dabei, ob sie die Vorschriften des AFG und des Fondsreglements eingehalten hat. Zur Erleichterung der Aufsicht erhält die Aufsichtsbehörde nach Art. 42 III AFG von den Gerichten die Urteile in Zivilstreitigkeiten mitgeteilt, welche die Depotbank und einen Anleger als Parteien hatten.

Weiterhin ist die Aufsichtsbehörde nach Art. 42 IV AFG befugt, von der Depotbank alle Auskünfte und Unterlagen zu verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt, die Einhaltung von Gesetz und Fondsreglement zu überwachen. Nach Art. 42 IV 2. H. S. AFG i. V. m. Art. 34 IV AFV kann sie ferner durch eine von ihr beauftragte Revisionsstelle eine außerordentliche Revision der Depotbank anordnen. Verweigert die Depotbank die Auskunftserteilung oder die außerordentliche Revision, so stehen der Aufsichtsbehörde die Mittel des Verwaltungszwanges zur Verfügung; im übrigen macht sich die Depotbank nach Art. 50 AFG strafbar.

E. Der Entzug der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit

Die Aufsichtsbehörde ist nach Art. 44 I AFG befugt, der Depotbank die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit (1462), wenn deren Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind oder wenn die Depotbank ihre vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten grob verletzt, (1463) zu entziehen.

die Fondsleitung nach dem AFG zuständig wäre, ist es im Depotbankvertrag durchaus möglich, daß die Fondsleitung diese Aufgabe an die Depotbank delegiert; die Frage der gesetzlichen Zuständigkeit wird erst bei Haftungsansprüchen der Anleger relevant.

(1461) S. dazu u. S. 324.

(1462) S. o. S. 319.

(1463) Die grobe Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten bei einem einzigen Investmentfonds genügt, die Depotbank als für das Investmentgeschäft unzuverlässig erscheinen zu lassen, so daß sich der Entzug der die allgemeine Investmenttätigkeit gestattenden Erlaubnis rechtfertigt.

Durch das Erlöschen der Bewilligung verliert die Depotbank ihre Rechte aus den Kollektivanlageverträgen sowie aus dem Depotbankvertrag hinsichtlich der Verwaltung des Investmentfonds. (1464) An ihrer Stelle übernimmt der gemäß Art. 45 I AFG von der Aufsichtsbehörde ernannte Sachwalter die Aufgaben der hinsichtlich des Investmentgeschäftes geschäftsunfähigen Depotbank, er nimmt kraft Amtes die Aufgaben der Depotbank aus dem Kollektivanlagevertrag wahr. (1465) Unabhängig davon, ob der Sachwalter gemäß Art. 45 II AFG der Aufsichtsbehörde die Bezeichnung einer neuen Depotbank oder aber die Auflösung des Investmentfonds vorschlägt, (1466) gewinnt die Depotbank nicht mehr ihre Befugnisse aus dem Kollektivanlagevertrag zurück, es sei denn, daß ihre Beschwerde vor dem Bundesgericht Erfolg hat. (1467) Im Falle der Auflösung des Investmentfonds (1468) endet die Rechtsstellung der Depotbank gegenüber ihren Vertragspartnern mit Abschluß der Liquidation. Im Falle des Depotbankwechsels endet die Rechtsstellung der Depotbank durch den Privatrecht gestaltenden Hoheitsakt der Aufsichtsbehörde nach Art. 46 I AFG, wonach die neue Depotbank an Stelle der alten Depotbank Träger der Rechte und Pflichten des Kollektivanlagevertrages wird. (1469)

F. Die Ersetzung einer Hinterlegungsstelle

Die Aufsichtsbehörde ist gegenüber der Depotbank auch berechtigt, "die Ersetzung einer Hinterlegungsstelle, die ihr nicht geeignet erscheint, (zu) verlangen". (1470) Es handelt sich dabei um eine Verfügung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes i. S. d. Art. 43 I AFG. Die Aufsichtsbehörde hat zur Beurteilung der Eignung eines Drittverwahrers des Fondsvermögens einen gewissen Spielraum. (1471) Dabei ist aber von der Eignung eines Drittverwahrers auszugehen, wenn die Kriterien, welche in Art. 13 AFG für die Drittverwahrung ausgesprochen sind, gegeben sind. Das Einschreiten der Aufsichtsbehörde hat auch in diesem Fall rein gewerbepolizeilichen Charakter; es muß also eine manifeste Gefährdung der vom betreffenden Drittverwahrer aufbewahrten Fondswerte vorliegen, damit die Aufsichtsbehörde nach Art. 43 IV AFG einschreiten kann.

(1464) Das AFG nennt für den Entzug der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit bei der Depotbank keine Rechtsfolge. Da beide Fondsverwalter in Art. 44 ff. AFG im übrigen aber gleich behandelt werden, ist für die Depotbank in entsprechende Anwendung des Art. 44 III AFG zu folgern, daß sie durch den Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde sämtliche Befugnisse hinsichtlich des Investmentfonds verliert.

(1465) Vgl. a. Botschaft, S. 310.

(1466) Vgl. dazu o. S. 272, 274 f.; BGE 93 I 648.

(1467) Art. 47 AFG i. V. m. Art. 100 ff., insbes. 106 OG.

(1468) Art. 46 II, 29 f. AFG, 43 III-V AFV.

(1469) Nicht aber auch des Depotbankvertrages. Vgl. o. S. 272 f.
Vgl. a. Botschaft, S. 310 f.

(1471) S. o. S. 290 f.

G. Sonstige Maßnahmen

Nach Art. 43 I AFG, der Generalklausel für sämtliche Maßnahmen der Aufsichtsbehörde, (1472) kann diese im übrigen alle Maßnahmen gegenüber der Depotbank treffen, die zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes und zur Beseitigung von Mißständen notwendig sind. (1473) Insbesondere nennt Art. 43 II AFG die Befugnis, von der Depotbank eine Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn die Rechte der Anleger aus ihren Kollektivanlageverträgen gefährdet erscheinen. Die Depotbank kann gegen sämtliche Entscheidungen und Verfügungen der Aufsichtsbehörde gemäß Art. 47 AFG verwaltungsgerichtlich vorgehen. (1474)

H. Die Gewähr eines Rückzahlungsaufschubes

Nach Art. 21 IV AFG kann die Aufsichtsbehörde einen befristeten Aufschub für die Rückzahlung zurückgegebener Anteilscheine gewähren. (1475) Die Gewähr eines solchen Aufschubes ist ausschließlich am Interesse der Gesamtheit der Anleger zu orientieren. (1476)

Auch wenn der Investmentfonds nach einer Entscheidung der Aufsichtsbehörde gemäß Art. 21 IV AFG ausreichende flüssige Mittel zur Befriedigung der Auszahlungsansprüche enthält, darf die Depotbank erst dann zur Rückzahlung schreiten, wenn diese Ansprüche entsprechend der aufsichtsbehördlichen Regelung fällig sind. Indes ist sie aus Art. 14 I AFG den Anlegern gegenüber verpflichtet, bei der Aufsichtsbehörde gegebenenfalls eine Anpassung der Fälligkeitstermine an die neue Lage zu erwirken. Dazu ist jedoch, in analoger Anwendung der Art. 21 IV, 18 IV AFG, ein gemeinsamer Antrag der beiden Fondsverwalter erforderlich. (1477)

Entspricht die Aufsichtsbehörde nicht dem jeweiligen Antrag von Fondsleitung und Depotbank, so steht beiden nach Art. 47 AFG der Verwaltungsrechtsweg offen. Dabei unterliegt das aufsichtsbehördliche Ermessen sowohl hinsichtlich des Annahme außerordentlicher Verhältnisse wie hinsichtlich des Interesses der Anleger der richterlichen Nachprüfung.

(1472) Vgl. a. Art. 23 III lit. 1 BankenG.

(1473) Es ist in das Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt, welche Maßnahme sie im Einzelfall gegenüber der Depotbank treffen will; nur ist erforderlich, daß sie dem in Art. 43 I AFG genannten Zweck sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

(1474) S. dazu o. S. 319.

(1475) Vgl. a. Art. 25 ff. BankenG. S. a. o. S. 227 ff.

(1476) Botschaft, S. 324. Zur anderen Interessenlage im deutschen Recht vgl. o. S. 316 ff.

(1477) Nötigenfalls hat die Depotbank aus dem Depotbankvertrag auf Mitwirkung der Fondsleitung zu klagen.

3. TEIL: VERGLEICH DER DEUTSCHEN MIT DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG

Das deutsche wie das schweizerische Investmentgeschäft sind, da sie als Bankgeschäft gewertet werden, der bankgeschäftlichen öffentlichen Aufsicht unterstellt.

Im deutschen Recht nimmt das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen die Aufgaben der gewerbepolizeilichen Aufsicht über das Investmentunternehmen und über die Depotbank wahr. Das KAGG enthält für die Aufsicht über die Depotbank keine Kompetenz der Aufsichtsbehörde, die sie nicht schon aufgrund des KWG hätte, wonach die Depotbank bereits in ihrer Eigenschaft als Kreditinstitut der Überwachung durch diese Aufsichtsbehörde unterliegt.

Im schweizerischen Recht ist die Eidgenössische Bankenkommission Aufsichtsbehörde über das Investmentgeschäft. Da das schweizerische Investmentgeschäft durch die in den Geltungsbereich des AFG einbezogenen Immobilienfonds von den traditionellen Bankgeschäften erheblich abweicht, ist im Reglement über die Organisation und Geschäftsführung der Eidgenössischen Bankenkommission eine besondere Kammer für Anlagefonds neben der Kammer für Banken eingerichtet worden. (1478) Im Gegensatz zur deutschen Aufsichtsbehörde überwacht die schweizerische Bankenkommission die Depotbank nicht nur im Hinblick auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, sondern auch der Bestimmungen des jeweiligen Fondsreglements. (1479)

Die Kompetenzen der beiden Aufsichtsbehörden stimmen im wesentlichen überein. Jedoch ist der schweizerischen Aufsichtsbehörde in Art. 21 IV AFG die Befugnis zugewiesen, die Fälligkeit für die Rückzahlung zurückgegebener Anteilscheine auf Antrag der Fondsverwalter befristet hinauszuschieben; (1480) im deutschen Investmentgeschäft besteht insoweit eine Lücke: die deutsche Depotbank hat stets die zur Rücknahme eingereichten Anteilscheine auszuzahlen, im Falle außerordentlicher Verhältnisse bei einem deutschen Investmentfonds ist eine Möglichkeit zum Fälligkeitsaufschub nicht vorgesehen. (1481)

KAPITEL VII

DAS RECHTSVERHÄLTNIS DEPOTBANK - WERTPAPIERAUSSTELLER

Das Rechtsverhältnis der Depotbank zum jeweiligen Aussteller eines zum Investmentfonds gehörenden Wertpapiers unterscheidet sich grundsätzlich nicht von ihren rechtlichen Beziehungen zu diesen für den Fall des gewöhnlichen Depotgeschäftes.

Wegen der wirtschaftspolitischen Brisanz, die das Depotstimmrecht der Banken gerade in Deutschland umgibt, sei auf dieses Rechtsverhältnis am Rande des Investmentgeschäftes kurz eingegangen. (1482)

(1478) Art. 2 I des Reglements. Vgl. o.S. 318 Fussn. 1437.

(1479) Vgl. Art. 42 I AFG.

(1480) S. dazu o. S. 228.

(1481) S. dazu o. S. 316 ff.

(1482) Bemerkenswerterweise ist das Depotstimmrecht der Banken in der Schweiz

I. Die Rechte der Depotbank

Rechte gegen den Wertpapieraussteller stehen grundsätzlich nur demjenigen zu, der Träger der verbrieften Rechte ist, (1483) die Depotbank leitet also im Zusammenhang mit dem Investmentgeschäft ihre Rechte gegen einen Wertpapieraussteller von der Kapitalanlagegesellschaft bzw. von der Fondsleitung ab.

A. Stimmrecht

Im gewöhnlichen Depotgeschäft kann die Depotbank für Rechnung des Depotkunden dessen in seinen Wertpapieren verbrieft Stimmrechte ausüben, solange dieser seine Vollmacht (1484) hierzu erteilt bzw. nicht widerrufen hat.

Hiervon abweichend bestimmt § 9 I 3 KAGG für das deutsche Investmentgeschäft, daß die Kapitalanlagegesellschaft der Depotbank die übliche Depotstimmrechtsvollmacht nicht erteilen darf; falls sie das ihr nach § 8 I KAGG zustehende Stimmrecht hinsichtlich der zum Fonds gehörenden Wertpapiere nicht selbst - § 9 I 2 KAGG - **auszuüben**, gedenkt, sondern damit die Depotbank beauftragen will, darf sie dies nur mit einer auf den Einzelfall beschränkten Vollmacht, welche gemäß § 135 I 1 AktG schriftlich zu erteilen ist.

Für die Ausübung des Stimmrechtes gestattet das AktG der Depotbank nur die direkte Stellvertretung, und zwar nach § 135 IV 1 AktG die offene Stellvertretung und nach § 135 IV 2 AktG die Stellvertretung im Namen dessen, den es angeht. Eine Vollmachtserteilung durch die Kapitalanlagegesellschaft im Wege der Legitimationsobertragung, die § 129 III AktG grundsätzlich gestattet, ist im Kreditgewerbe allerdings nicht mög-

nicht zu solcher wirtschaftspolitischer Aktualität gelangt.

(1483) Ausnahme § 128 VI Ziff. 2 AktG, s. dazu u. S. 329.

(1484) Im schweizerischen Bankgeschäft zählt dies zu den Verwaltungsaufgaben, die eine Bank üblicherweise im Rahmen des Bankvertrages bzw. Verwahrungsvertrages mit ihrem Kunden übernimmt. S. dazu o. S. 223 f.

Für das deutsche Bankwesen ist in § 135 II AktG das sog. generelle Depotstimmrecht der Banken unterbunden worden, das ein Kunde bereits mit Anerkennung der AGB widerruflich auf sein Kreditinstitut übertragen konnte. Nach der neuen aktienrechtlichen Vorschrift bedarf es einer besonderen schriftlichen, jederzeit widerruflichen und auf längstens 15 Monate Gültigkeit beschränkten Vollmacht an die Bank. Die vom Bundesverband des privaten Bankgewerbes standardisierte Vollmachtsurkunde ist abgedruckt in WM 1965, 1094.

lich, wie sich aus § 135 I a AktG als *lex specialis* zu vorgenannter Norm ergibt. (1485)
Zum Nachweis der Stimmberechtigung gegenüber dem Wertpapieraussteller genügt die Vorlegung der Aktien oder eine Bescheinigung über die Hinterlegung der Aktien bei einem Notar oder einer Wertpapiersammelbank. (1486) (1487)

Je nach Art der Vollmacht hat die Depotbank die von ihr vertretenen Aktien des Investmentfonds ins Teilnehmerverzeichnis der Hauptversammlung aufnehmen zu lassen. (1488) Dabei wird weder aus dem Teilnehmerverzeichnis, noch aus der Art der Stimmrechtsausübung sichtbar, daß die Depotbank gegebenenfalls neben Aktien aus individuellen Anlagen auch solche aus einem Investmentfonds vertritt, sofern nur die Weisungen der Individual-Anleger und der Kapitalanlagegesellschaft übereinstimmen. Die Depotbank kann also durch den Verbund von Stimmrechten aus einem Investmentfonds und solchen aus Individualdepots unter Umständen eine bedeutsame Machtposition gegenüber einer Aktiengesellschaft aufbauen. (1489)

Verstößt die Depotbank bei Ausübung ihres Stimmrechtes gegen die Weisungen der Kapitalanlagegesellschaft bzw. der Fondsleitung, so hat diese Verletzung des Innenverhältnisses (Depotbankvertrag) auf die Wirksamkeit der Stimmrechtsabgabe keinen Einfluß; eine Anfechtung der Hauptversammlungs- bzw. Generalversammlungsbeschlüsse ist daher weder nach deutschem noch nach schweizerischem Recht möglich. (1490)

- (1485) Vgl. dazu und zum Umgehungstatbestand der fiduziarischen Vollrechtsübertragung v. Godin-Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz vom 6. Sept. 1965, 3. Aufl. Berlin 1967, § 135 Anm. 2.
- (1486) Vgl. § 123 III, IV AktG; s. a. Art. 689 III-V OR für die Stimmrechtsausübung bei schweizerischen Aktiengesellschaften.
- (1487) Der Kapitalanlagegesellschaft stehen im Fall der Sammelverwahrung bei einer Wertpapiersammelbank Stimmrechte entsprechend dem Miteigentumsanteil am Sammelbestand des betreffenden Wertpapiers zu. Dabei ermächtigt die Sammelbank die einzelnen Miteigentümer als ihr Vertreter zur Stimmrechtsausübung, vgl. Baumbach-Duden, § 406 Anh. V § 9 DepG Anm. 2. Da es sich im Investmentgeschäft jedoch um Drittverwahrung handelt, bei der die Kapitalanlagegesellschaft der Hinterleger, die Wertpapiersammelbank (Dritt-) Verwahrer ist und die Depotbank als Zwischenverwahrer bei letzterer im eigenen Namen die Wertpapiere des Fondsvermögens hinterlegt, geht die Ermächtigung der Sammelbank zur Stimmrechtsausübung zunächst an die Depotbank als Zwischenverwahrer, welche dann die Kapitalanlagegesellschaft als Hinterleger zu bevollmächtigen hat, bzw. deren konkrete Weisung hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts abzuwarten hat.
- (1488) Nach § 129 I, II AktG hat die Depotbank die von ihr vertretenen, zu einem Fonds gehörenden Aktien entweder unter dem Namen des Investunternehmens oder aber unter ihrem eigenen in der Spalte "Fremdvertretung" eintragen zu lassen.
- (1489) Vgl. dazu a. o. S. 40 f.
- (1490) Vgl. § 135 VI AktG. Die Verpflichtung der Depotbank gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft zum Ersatz eines eventuell daraus entstandenen Schadens,

Jedoch handelt die Depotbank ordnungswidrig nach § 405 III AktG, wenn sie, ohne von der Kapitalanlagegesellschaft bzw. Fondsleitung zur Ausübung des Stimmrechts ermächtigt zu sein, das Stimmrecht von zum Investmentfonds gehörenden Wertpapieren ausübt. (1491)

Weicht die Depotbank bei Ausübung von der erteilten Weisung des Investmentunternehmens ab, so ist sie gemäß § 135 VIII AktG zur nachträglichen Mitteilung und Begründung verpflichtet. (1492)

B. Sonstige Rechte

Unabhängig davon, ob die Depotbank von der Kapitalanlagegesellschaft bzw. Fondsleitung mit der Wahrnehmung des Stimmrechts beauftragt wird oder nicht, hat sie gemäß § 125 I AktG Anspruch darauf, daß die Gesellschaft nach Einberufung der Hauptversammlung ihr bestimmte Mitteilungen über die geplante Hauptversammlung macht. Ihrer Pflicht zur Weiterleitung dieser Mitteilungen an die Kapitalanlagegesellschaft bzw. Fondsleitung gemäß § 15 I AktG i. V. m. § 8 I KAGG bzw. Art. 12 I AFG entspricht ihr Recht auf Ersatz der dieserhalb gemachten Aufwendungen gemäß § 128 IV Ziff. 2 AktG.

II. Die Pflichten der Depotbank

Nach § 128 II AktG wird die deutsche Depotbank grundsätzlich verpflichtet, den Aktionären, denen sie bereits gemäß § 128 I AktG die Mitteilungen der Gesellschaft nach § 125 I AktG weiterzugeben hat, eigene Vorschläge für die Ausübung des Stimmrechtes zu unterbreiten sowie ihn um Erteilung von Weisungen zu bitten. Aus § 128 II 3 AktG ergibt sich, daß die Depotbank für den Fall, daß die Kapitalanlagegesellschaft bzw. Fondsleitung auf ihre Vorschläge hin keine abweichenden Weisungen erteilt, das Stimmrecht entsprechend den unterbreiteten Vorschlägen ausüben kann. Hat das Investmentunternehmen aber bereits nach § 9 I 2 KAGG bzw. Art. 12 I AFG i. V. m. § 128 III AktG eine schriftliche Weisung erteilt, so bedarf es einer Mitteilung bzw. Bitte nach § 128 II AktG nicht mehr. Jedoch kann die Depotbank aufgrund ihrer besonderen Beratungspflicht dem Investmentunternehmen gegenüber zur Einflußnahme auf die Stimmrechtsausübung gehalten sein. (1493)

§ 123 III, IV AktG umschreibt die zur Ausübung des Stimmrechts erforderlichen Obliegenheiten des Aktionärs. Diese Obliegenheiten fallen der Depotbank aufgrund

kann gemäß § 135 XI AktG im Depotbankvertrag nicht ausgeschlossen werden.
Vgl. für das schweizerische Investmentwesen Art. 689 IV OR, 24 II, III AFG.

(1491) Dementsprechend hat die Aufsichtsbehörde der Depotbank gemäß § 30 I 2 KWG die Befugnis, die Einhaltung des § 135 AktG zu überprüfen.

(1492) Vgl. dazu v. Godin-Wilhelmi, a. a. O., Anm. 6.

(1493) S. dazu o. S. 120 f., 235 f.

des Depotbankvertrages zu, wenn sie zur Stimmrechtsausübung beauftragt wird.

Nach § 129 II AktG ist die Depotbank weiterhin verpflichtet, die von ihr vertretenen Wertpapiere des Investmentfonds als fremdvertretene anzugeben.

Schließlich bleibt noch die gesetzliche Pflicht des § 135 X AktG, wonach die Depotbank in der Regel hinsichtlich der Stimmrechtsvertretung kontrahierungspflichtig ist. Die Pflicht, auf Weisung der Kapitalanlagegesellschaft bzw. Fondsleitung die Stimmrechte aus zum Fonds gehörenden Wertpapieren auszuüben, ergibt sich für die Depotbank darüberhinaus auch aus dem Depotbankvertrag.

IX. ZUSAMMENFASSUNG

Aus der Praxis des Investmentgeschäftes ist die Depotbank nicht wegzudenken:

Die Institution der Depotbank ist im Investmentgeschäft in dem Bemühen geschaffen worden, dem Anlagepublikum eine Stelle zur Verfügung zu stellen, die über die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung seitens des Investmentunternehmens wacht.

Die Einrichtung der Depotbank kommt aus der anglo-amerikanischen Investmentpraxis bzw. -gesetzgebung. Als der Investmentgedanke in Europa wieder heimisch wurde, war es nur natürlich, dem bewährten Beispiel zu folgen und dem Investmentunternehmen eine Depotbank an die Seite zu stellen, zumal das europäische Kapitalmarktgeschehen weitaus mehr in Händen der Geschäftsbanken liegt als vergleichsweise in den USA.

Die Rechtsstellung, welche der deutsche und der schweizerische Gesetzgeber der Depotbank in seinem Investmentgesetz gegeben hat, differiert von einem Land zum anderen; im grundsätzlichen stimmen beide Gesetze aber überein. So ist wesentlicher Aufgabenbereich beider Depotbanken die arbeitsteilige Mitverwaltung eines Investmentfonds und die Kontrolle des Investmentunternehmens, wobei der deutschen Depotbank jedoch zusätzlich noch die Aufgabe der Geltendmachung der Anlegeransprüche zukommt. Zu den Anlegern steht die schweizerische Depotbank in unmittelbaren vertraglichen Beziehungen, während die Anleger nach dem KAGG lediglich Forderungsrechte gegen die Depotbank geltend machen können und im übrigen allein mit der Kapitalanlagegesellschaft den Investmentvertrag abschließen. Weiteren Personen steht die Depotbank nach dem AFG gegenüber: im Falle, daß die Fondsleitung ihre Verwaltungsrecht über den Investmentfonds verliert, tritt ein sogenannter Sachwalter ins Investmentdreieck; hier hat die deutsche Depotbank selbst das Ersatzverwaltungsrecht bezüglich des Fonds, wobei dann die Arbeitsteilung in der Fondsverwaltung aufgehoben ist. Auch hat die Schweizer Depotbank bei ihrer Prüfung mit der Revisionsstelle der Fondsleitung zu tun, während die Depotbank des KAGG lediglich einen Abschlußprüfer hinsichtlich ihrer gesamten Bankgeschäfte zu beauf-

tragen hat. Schließlich geht die Kontrolle der Depotbank durch die Aufsichtsbehörde im schweizerischen Investmentgesetz weiter als die durch die Aufsichtsbehörde des deutschen KWG, auch weiter als die nach dem BankenG.

Die schweizerische Depotbank kann, wenn dies die Vertragsbedingungen (das Fondsreglement) vorsehen, ihre Aufgaben mit mehreren Banken teilen, sämtliche Banken werden dann Partner der Anleger in den Kollektivanlageverträgen. Die deutsche Depotbank hingegen wird ausschließlich allein für ihre Funktion herangezogen: dessenungeachtet steht es natürlich frei, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Drittbanken heranzuziehen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Aufgaben der Depotbanken in der deutschen und in der schweizerischen Investmentgesetzgebung weitgehend übereinstimmen und da die verschiedenen Konzeptionen der Gesetzgeber über die rechtliche Stellung der Depotbank zu den Partnern im Investmentdreieck im Inhalt nur wenig voneinander abweichen. Es konnte daher mit Recht von der Depotbank als rechtllichem Typus im deutschen und schweizerischen Investmentgesetz gesprochen werden. (1494)

Das deutsche KAGG sieht zur Zeit einer Ergänzung und Änderung entgegen; dabei soll auch das Immobilienfondsgeschäft der Investmentgesetzgebung unterstellt werden. (1495) Hierbei sollte auf die Konzeption und die ersten Erfahrungen des jüngeren schweizerischen Investmentgesetzes in der Weise Rücksicht genommen werden, daß sich der Gesetzgeber nicht scheut, bisher fremde Einrichtungen, wie etwa den Sachwalter, zu übernehmen, und daß er an der internationalen Rechtsvereinheitlichung mitwirkt, die gerade wegen der Internationalität des Investmentgeschäftes unabdingbar ist.

(1494) S. o. S. 280

(1495) S. zu den Materialien o. S. XIV

LITERATURVERZEICHNIS

- Achterberg, E. Schweizer Investment-Trusts, in ZfgK 1950, S. 434 ff.
- Albisetti, E. Über die rechtliche Natur der schweizerischen Investment Trusts und die Rechtsstellung der Anteilscheininhaber, in OeBA 1954 V
- Albisetti, E., Bodmer, D. Rutschi, E., Handbuch des Bank-, Geld- und Börsenwesens der Schweiz, 2. Aufl. Thun 1964
- Altjohann, H. W. Der Bankvertrag, Diss. München 1962
- Amonn, K. Über die Eigentumsverhältnisse bei den schweizerischen Investmenttrusts, Bern 1965
- Amonn, K. Das schweizerische Anlagefondsgesetz, in AG 1968, S. 227 ff. und 254 ff.
- Aubert, M. La protection des porteurs de part dans les investment trusts, Genf 1957
- Bächler, H. Über den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten, Diss. Bern 1960
- Bär, R. Zum Gesetzentwurf über die Anlagefonds, in ZBJV, 98. Jg. (1962), S. 289-311
- Bank- und Börsen-Lexikon, herausg. v. Seidenzahl, F., Freiburg i. Br. 1961
- Barchewitz, A. Das Bankrecht, 3. neu bearb. Aufl. v. Nielsen, J., Hamburg 1966
- Barocka, E. Investment-Sparen und Investment-Gesellschaften, Stuttgart 1956
- Barth, H. R. Schadensersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Diss. Zürich 1958
- Baum, G. Schutz und Sicherung des Investmentsparens bei Kapitalanlage-Gesellschaften und Investment-Trusts, Diss. Mainz 1959
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, Kommentar, 16. Aufl. München und Berlin 1964
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozessordnung, Kommentar, 29. Auflage München und Berlin 1966
- Baur, J. Das Investmentwesen in der Schweiz, in Bank-Betrieb 1968, S. 370
- Becker, H. Obligationenrecht, I. Abtlg. Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Aufl. Bern 1941; II. Abtlg. Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551), Bern 1934 Bd. VI des Berner Kommentars, Komm. z. Schweizerischen Zivilgesetzbuch
- Begleitbericht des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 1.5.1961, Bern 1961
- vom Berge und Herrendorf, H. S. Der Schutz des Investmentsparens, Diss. Köln 1962
- Berner, W. Die Zwangsvollstreckung in Westdeutschland, in BLSchK 1968, S. 33-49 u. 65-79
- Berner, W. Die Pfändung von Investmentzertifikaten und ihre Verwertung, in RPflg 1960, S. 33 ff.
- Beyer-Fehling, H. Investment-Sparen - eine Sparform für JEDERMANN, in

- Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung v. 25.4.1957 (Nr. 77), S. 699 ff. (Beyer-Fehling, Investment-sparen)
- Beyer-Fehling, H. Das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in ZfgK 1957, S. 328 f.
- Biel, H.H. Wer beherrscht die Wallstreet, in F.u.W. Nr. 42 v. 31.5.1967, S. 1 u. 3
- Blomeyer, A. Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin, Göttingen u. Heidelberg 1963
- Bossard, E. Die Prüfung von Investment-Trusts unter besonderer Betrachtung der Verhältnisse in der Schweiz, in WiPrüf 1966, S. 542-547
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Anlagefonds v. 23.11.1965, in BBl. 1965 III S. 258-357
- Boveri, U. Über die rechtliche Natur der Investment-Trusts und die Rechtsstellung des Zertifikatsinhabers Diss., Zürich 1945
- Brack, E. Die Gesetzesdelegation in der Praxis des Bundes unter Berücksichtigung ihrer rechtstheoretischen Grundlagen, Diss. Zürich 1953
- Brosch, W. Die Besteuerung der Investment-Zertifikate, in BB 22. Jg. (1967), S. 792
- Brüggemann, E. Internationales Investmentsparen, München 1967
- Bruns, E. Zivilprozessrecht, Berlin u. Frankfurt 1968
- Bruppacher, R.C. Investment Trusts, Diss. Zürich 1933
- Bürgi, W.F. Probleme differenzierter Schadensersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der Aktiengesellschaft, in St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1965, Bern 1965, S. 29 ff.
- Busse Die Bedeutung von Sperrkonten, in MDR 1956, S. 70
- von Caemmerer, E. Investmentgesellschaften, in F.A.Z. v. 13.1.1956, S. 11 f.
- von Caemmerer, E. Kapitalanlage- oder Investmentgesellschaften, in JZ 1958, S. 41 ff.
- Caflisch, S. Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbstständigkeit der abhängigen Gesellschaften im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961
- Capelle, K.-H. Handelsrecht, 10. Aufl. München u. Berlin 1964
- Capitaine, G. Le statut des sociétés holdings en Suisse, in ZSR 62 (1943), S. 1 a ff.
- Caspers, H.-F. Wertpapierrechtliche Fragen zum Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in JZ 1958, S. 273 f.
- Castenfelt, P. Aufstrebende EWG-Investmentfonds, in F.u.W. Nr. 7, 9, 11, 13 1968
- Christe, F. Hilfsperson und Substitut, Diss. Basel 1956
- Colombo, G.F.
- Dotti, V.; Perletti, G.; Schrans, G.; Sottriffer, G.; L'investment trust nelle esperienze nei progetti europei, Padua 1967

- Consbruch, J. Investmentsparen gesetzlich geschützt, in BB 1957, S. 337 ff.
Consbruch-Möller Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, München u. Berlin 1965
Damerow, K. Der Widerspruch gegen die Vollstreckung in schuldnerfremdes
Vermögen in deutschem und schweizerischem Recht, Diss.
Basel 1966
- Deutsche Bundesbank Ausländische Investmentfonds in der Bundesrepublik, in Monats-
berichte der Deutschen Bundesbank, 20. Jg, Nr. 9 (Sept. 1968),
S. 16 ff.
- Drobnig, U. Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt und
Berlin 1959
- Düringer-Hachenburg Handelsgesetzbuch, Bd. IV, 3. Aufl., 1. v. Breit, Holniger,
Werner, Mannheim, Berlin u. Leipzig 1932 (Düringer-Hachenburg-
Breit)
- Dürre-Full; Beyer-
Fehling Erläuterungen zum Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften,
in Das deutsche Bundesrecht, III.H. 28, S. 13-26, Baden-
Baden 1966
- Egger, A. Kommentar zum ZGB, 2. Aufl. Zürich 1930
- Ebner von Eschenbach,
H.C. Frhr. Die Rechte des **Anteilhabers** nach dem Gesetz über Kapital-
anlagegesellschaften, Diss. Erlangen 1959
- Ehram, P. Die schweizerischen Immobilienfonds, in Wirtschafts- und
Investment-Digest, 10. Jg. (1967), S. 21 ff., Bad Wöris-
hofen
- Eisenmenger, H. Trustgeschäfte und Vermögensverwaltung durch Kreditinstitute,
Frankfurt 1966
- Ellenberger, H. Das offene Bankdepot, Diss. Bern 1925
- Ennecerus-Kipp-Coing Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 9. Aufl. Tübingen
1953
- Ennecerus-Lehmann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse,
11.-15. Aufl. Tübingen 1952-1960
- Ennecerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. Aufl.
Tübingen 1960
- Ennecerus-Wolff-Raiser Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 11. Aufl.
Tübingen 1964
- Esser, J. Lehrbuch des Schuldrechts, Allg. Teil, 3. Aufl. Karlsruhe 1968
1968
- Falkeisen, E. Die Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat, ins-
besondere ihre rechtliche Natur, Diss. Zürich 1947
- Fehr, K. Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im schweizerischen
Aktienrecht in Schweizerische Beiträge zum 4. Intern. Kongress
für Rechtsvergleichung, Genf, 1954
- Feldbausch, O. Treuhänder und Treuhandgeschäft - nebst Beiträgen zur Lehre

- vom Eigentum, der Stellvertretung und vom Auftrag, Mannheim und Leipzig 1912
- Fischer, R. Investmentsparen und Investmentgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung von Deutschland und Österreich, Diss. Wien 1958
- Fikentscher, W. Das Schuldrecht, Berlin 1965
- Fleiner-Giacometti Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
- Forsthoff, E. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allg. Teil, 7. Aufl. München und Berlin 1958
- Frank, V.C. Zur Problematik der Investment Trusts, Diss. Basel 1961
- Frautschi, A. Die rechtliche Stellung des Zertifikatsinhabers eines sogenannten Investment-Trusts, Diss. Basel 1946
- Frenz, G. Das neue schweizerische Anlagefondsgesetz, in Wertpapier 1967, S. 127-132
- Frenz, G. Immobilienfonds nach dem neuen schweizerischen Anlagefondsgesetz, in Wertpapier 1967, S. 185-188
- Freytag, K.R. Investment in der Lebensversicherung, in ZfV 1968, S. 678-681
- Frick, E. Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953
- Friedmann, A. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses? Sonderdruck aus Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, Berlin und Leipzig 1930
- Fritzsche, H. Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, u. UU., 2. Aufl. Zürich 1967
- Frühstück, E.C.H. Investmentgesellschaften, in Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, S. 908-913, Frankfurt 1957
- Gadow-Heinichen-Schmidt-Weipert, Aktiengesetz, Kommentar, Bd. I., 2. Aufl. Berlin 1961; Bd. II., 2. Aufl. Berlin 1965
- Gautschi, G. Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953 (Gautschi, Auftrag und Geschäftsführung)
- Gautschi, G. Obligationenrecht, 2. Abtlg., 4. Teilbd., Der einfache Auftrag (Art. 394-406), 2. Aufl. Bern 1960; 6. Teilbd., Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung (Art. 425-491), 2. Aufl. Bern 1952; Bd. VI des Berner Kommentars, Komm. z. Schweizerischen Zivilgesetzbuch
- Gelbert, E. Rechtsfragen zum Investmentsparen, in DB 1959, S. 1276-1278
- Gericke, K. Lehrbuch des Familienrechts, München und Berlin 1964
- v. Gerven, W. La forme juridique d'un "investment trust" en Belgique, en France et aux Pays-Bas, in Revue internationale de Droit comparé 12 (1960), S. 527 ff.
- Gessler, E. ... der Investmentgesellschaften und ihrer Zertifikatsinhaber, in WM 1957, Sonderbeilage Nr. 4 zu Teil IV B Nr. 20, S. 10-28
- von Gierke, J. Die deutschen Kapitalanlagegesellschaften, in ZfHK 121, S. 126 ff.

- von Gierke, J. Investmentgesellschaften mit Anlagefonds für Wertpapiere und Sachwerte, in DB 1953, S. 1278-1282
- von Godin, R. Frhr. Handelsgesetzbuch, Kommentar, Bd. III, bearbeitet von v. Godin (RGR-Komm.-v. Godin) und Ratz, P. (RGR-Komm.-Ratz), 2. Aufl. Berlin 1963
- Gördel, K. -J. Rechtsform der Personengesellschaft (OHG, KG) für Immobilien-Anlage-Gesellschaften zulässig?, in BB 1966, S. 1000 f.
- Goldschmidt, R.F. Investment Trusts in Deutschland, Berlin, Mannheim und Leipzig 1932
- Gower, L.C.B. The Principles of Modern Company Law, 2. Auflage, London 1957
- Gubler, F.T. Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Institutes der angelsächsischen Treuhand (trust)? Referat vor dem 88. Schweizerischen Juristentag 1954, in ZSR 73 (1954), S. 215 a ff.
- Guhl, T. Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. Zürich 1956
- Guldener, M. Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. Zürich 1958
- Hankel, W. Das neue Auslands-Investmentgesetz, in ZfgK 1968, S. 709 ff.
- Hartmann, W. Der Trust im englischen Recht, Diss. Zürich 1956
- Haupt, G. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipzig 1937
- Henggeler, J. u. E. Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937
- Hirsch, A. Une loi spéciale sur les fonds de placement, in Recht und Wirtschaft 1958, H. 2
- Hirsch, A. Les fonds de placement en droit suisse, Genf 1958 (Hirsch, Les fonds de placement)
- Hirsch, A. Le champ d'application de la loi fédérale sur les fonds de placement, in Septième Journée juridique, Nr. 23 der Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève Genf 1967 (Hirsch, Le champ d'application)
- Hirsch, A. La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Separatdruck der Semaine judiciaire Nr. 17, S. 249 ff., Genf 1967 (Hirsch, La responsabilité)
- Hirsch, A., Perrin, J. -F. Note sur l'arrêt Interfer Verwaltungsaktiengesellschaft, in Journal des Tribunaux 1968, S. 544
- Hirseland, G. Was bieten Mutual Funds?, in F.u.W. Nr. 70 v. 6.9.1967, S. 9
- Hoppenstedt Vademecum der Investmentfonds, 9. Ausg. Darmstadt, Berlin, Haarlem, Wien 1969
- Huber, W. Investment-Gesellschaften in Deutschland, Diss. Wien 1958
- Hueck, W. Recht der Wertpapiere, 10. Auflage Berlin und Frankfurt 1967
- Hügi, B. Der amerikanische Investment Trust, Diss. Bern 1936
- von Hülsen, H. -V. Sinn und Methode der Rechtsvergleichung, insbesondere bei der Ermittlung übernationalen Zivilrechts, in JZ 1967, S. 629 ff.
- Isele, H.G. Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in JuS 1961, S. 308 ff.

- | | |
|------------------|--|
| Ittensohn, J. | Buyers Market hüben und drüben, in F.u.W. Nr. 34 vom 3.5.1967 |
| Jaeger-Lent | Konkursordnung, Kommentar, Bd. 1 (§§ 1-70 KO), 8. Aufl.
Berlin 1958 |
| Jäggi, P. | Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere (Art. 965-989
u. 1145-1155); Bd. V des Zürcher Kommentars, Komm.z.Schwei-
zerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1959 |
| Jäggi, P. | Die Eigentumsverhältnisse bei Anlagefonds, in SJZ 58 (1962),
S. 129-133 |
| Jäggi, P. | La loi sur les fonds de placement, in JdT (115) 1967, I, S. 226-241 |
| Janberg | Die rechtliche Bedeutung des Sperrvermerks bei Konten und
Depots zugunsten Dritter, in BA 37, 102 |
| Jörgens | Finanzielle Trustgesellschaften |
| Jung, F. | Die Besteuerung des Sondervermögens und der Anteilinhaber nach
dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Sonderbeilage
Nr. 4/1957 zu Teil IV B Nr. 20, in WM 1957 |
| Kalveram-Günther | Bankbetriebslehre, 3. Aufl. Wiesbaden 1961 |
| Kaplan, M.C.; | |
| Reaugh, D.M. | Accounting, Reports to Stockholders and the SEC, in The Yale
Law Journal, Vol. 48 Nr. 6, 1939 |
| Kawan, A. | Marktforschung, Absatzpolitik und Werbung als betriebswirtschaft-
liche Hauptprobleme einer Investment-Gesellschaft, Diss. München
1929 |
| Kilgus, E. | Kapitalanlagegesellschaften, Investment Trusts, Diss. Freiburg
i.Br. 1929 |
| Kipp-Coing | Erbrecht, 12. Aufl. Tübingen 1965 |
| Kleiner, B. | Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und
Kontokorrentvertrag, 2. Auflage der unter dem Titel
"Girovertrag" erschienenen 1. Aufl., Zürich 1964 |
| Klenk, F.E. | Die rechtliche Behandlung des Investmentanteils unter Berück-
sichtigung der Anteilsberechtigung des Investmentsparers,
Diss. Köln 1967 |
| Knoblich, G. | Die Rechtsverhältnisse bei den Investment-Gesellschaften, ins-
besondere die rechtliche Stellung der Inhaber von Anteil-
scheinen, Diss. Erlangen 1953 |
| Knoke, P. | Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot, Sonderdruck
aus der Festschrift für Güterbrock, Berlin 1910 |
| Koch, A. | Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Jena 1932 |
| Kott, H. | Trust und Treuhand, Göttingen 1963 |
| Kremer, H. | Kapitalanlagegesellschaften, in Oe BA 1955, S. 357 |
| Kröll, H. | Mehrheit von Gläubigern und Schuldern, in AcP 146, S. 97 ff. |
| Krönke, N. | Die Immobiliengesellschaften, ihre rechtliche Einordnung
und das Erfordernis einer gesetzlichen Sonderregelung, Diss.
Hamburg 1966 |
| | Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Aus-
wirkungen, in AcP 152 (1953), S. 241 ff. |

- Lange, H. Die Auswirkungen von Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, in NJW 1965, S. 657-664
- Larenz, K. Lehrbuch des Schuldrechts, 7. Aufl., Bd. I Allgemeiner Teil, München und Berlin 1964; Bd. II Besonderer Teil, München und Berlin 1965
- Lenhard, H. Widerspruchsverfahren und Widerspruchsklage, Diss. Bern 1945
- Liebich, D. Treuhand und Treuhänder im Wirtschaftsrecht, Herne und Berlin 1966
- Liefmann, R. Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, 5. Aufl., Jena 1931
- Liesecke, R. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Bankrecht, in WM 1959, S. 614 ff.
- Linhardt, H. Die britischen Investment-Trusts, Berlin und Wien 1935
- Linhardt, H. Kapitalanlagegesellschaften, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. V, Stuttgart, Tübingen und Göttingen 1956, S. 499 ff.
- Luggen, P. Die schweizerischen Immobilien Investment Trusts, Diss. Bern 1955
- Lusser, F. Die Haftungsverhältnisse bei Anlagefonds, Diss. Freiburg (Schweiz) 1964
- Marti, H. Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Zürich 1950
- Maunz-Dürig, A. Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin
- Meier-Hayoz, A. Das Sachenrecht, 1. Abtlg. Das Eigentum, 1. Teilbd. Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen (Art. 641-654), 4. Aufl. Bern 1966; 2. Teilbd. Grundeigentum I (Art. 665-679) 3. Aufl. Bern 1964; Bd. IV, 1. Abtlg. des Berner Kommentars, Komm. z. schweizer. ZGB
- Meister, G. Handbuch der schweizerischen Anlagefonds, 6. Aufl. Zürich 1968
- Meyer-Bremer Börsengesetz, Kommentar, 4. Aufl. Berlin 1957
- Meyer-Cording, U. Die Investmentgesellschaften, in BB 1951, S. 817 ff.
- Meyer-Cording, U. Investment-Gesellschaften, in ZfHK 115 (1952), S. 65 ff.
- Meyer-Cording, U. Das Recht der Banküberweisung, Tübingen 1951
- Molitor, B. Investment-Gesellschaften - Instrument der Eigentumsbildung, in Gewerkschaftliche Monatshefte 1956, S. 419 ff.
- Molitor, E. Die Kündigung, 2. Aufl. Mannheim 1951
- Mollet, W. Schweizerische Investment Trusts, Diss. Bern 1942
- Müller-Freienfels, W. Zur Lehre vom sog. "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, in AcP 156 (1957), S. 522 ff.
- Naegeli, E. Die Doppelgesellschaft, Bd. I., Diss. Zürich 1935; Bd. II. Zürich 1941
- Neuburger, A. Das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in Die Aktiengesellschaft 1957, S. 97 ff.
- Neuhaus, P.H. Rechtsvergleichung, in Staatslexikon, Bd. VI, 6. Aufl. Freiburg

- i.Br. 1961, S. 734 f.
- Neustätter, A. Die Kontokorrentbedingungen der Banken, 1921
- Nikisch, A. Lehrbuch des Zivilprozessrechtes, 2. Aufl. Tübingen 1952
- Nussbaum, A. Soziologische und rechtsvergleichende Aspekte des "Trust", in AcP 151 (1952), S. 193 ff.
- Nussbaum, A. Die Rechtstatsachenforschung, in AcP 154 (1955), S. 453 ff.
- Oberson, R. De quelques particularités de la loi sur l'impôt anticipé et de son ordonnance d'exécution in Septième Journée juridique Nr. 23 der Memoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genf 1967
- Obst-Hintner Geld-, Bank- und Börsenwesen, 36. Aufl. Stuttgart 1967
- Oftinger, K. Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I. 2. Aufl. Zürich 1958
Bd. II. 1., 2. Aufl. Zürich 1960
- Opitz, G. Depotgesetz, 2. Aufl. Berlin 1955
- Oppikofer, U. Der Schutz der schweizerischen Auslandsinvestitionen, Zürich 1958
- Osborn, P.G. A Concise Law Dictionary, 5. Aufl. London 1964
- Oser-Schönenberger Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. V, 1.-3. Teil des Zürcher Kommentars, Kommentar zum schweizerischen ZGB, 2. Aufl. Zürich 1929-1945
- Palandt-Danckelmann-Hoche-Lauterbach-Rechenmacher, Bürgerliches Gesetzbuch, 27. Aufl. München und Berlin 1968
- von Pannwitz, H.-C. Verfügungsmacht und Verfügungsbeschränkung der Kapitalanlagegesellschaft nach § 8 Abs. I u. II KAGG, Diss. München 1961
- Persé, H.J. Die Partner-Investmentgesellschaft, Wiesbaden 1962
- Pikart, H. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Bankvertrag, in WM 1957, S. 1238 ff.
- Podewils, M. Die Investmentgesellschaften in der Bundesrepublik, Diss. Köln 1960
- Portmann, P. Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht
- de Preux, R. Le contrat de dépôt ouvert de titres en banque, Diss. Freiburg (Schweiz) 1946
- Probst, R. Fragen einer schweizerischen Gesetzgebung über die Investment-Trusts, in Wirtschaft und Recht 1962, S. 36 ff.
- Quassowski-Schröder Bankdepotgesetz, Berlin 1937
- Raape, L. Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1908
- Raiser, L. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Hamburg 1935
- Rasch, H. Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. Köln und Berlin 1955
- Reichel, W. Die rechtliche Konstruktion des Immobilien-"Investments", in BB 1965, S. 1117
- Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. Berlin 1959-1963 (RGR-Komm.-Bearbeiter)
- Reichsgerichtsrätekommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. Bd. III, IV Berlin 1961-1963 (RGR-Komm.-Bearbeiter)

- Renk, E.G. Der Wertschriftentrust und die Entwicklung der Börsenkurse, Separatdruck der Basler Nachrichten November 1960, Basel 1960
- Renk, E.G. Les fonds de placement aujourd'hui et demain, Broschüre der Schweizerischen Kreditanstalt, Zürich 1961
- Restatement of the Law of Trusts, as adopted and promulgated by the American Law Institute, 2 Bde., St. Paul 1935
- Reuter, G. Investmentfonds und die Rechtsstellung der Anteilhaber, Diss. Frankfurt 1965
- Richner, F. Zur Frage einer Spezialgesetzgebung über Investmenttrusts, Separatdruck der Schweizerischen Bankgesellschaft, Zürich 1958
- Rinsoz, A. Zur Rechnungsführung der Investment-Trusts, Diss. Zürich 1952
- Robinson, L.R. Investment Trust Organisation and Management, 2. Aufl. New York 1929
- Rosenberg, L. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961 München und Berlin
- Roth, H.M. Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company, Marburg 1928
- Ruck, E. Schweizerisches Staatsrecht, 3. Aufl. Zürich 1957 (Ruck, Staatsrecht)
- Ruck, E. Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. I. Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Zürich 1951 (Ruck, Verwaltungsrecht I)
- Rusca, G.-F. Über das Wesen und die rechtliche Tragweite der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Banken, in Wirtschaft und Recht 1957, S. 211 ff.
- Schadt, D. Entwicklung, Funktionsweise und volkswirtschaftliche Bedeutung des Investment-Sparens, Diss. Basel 1960
- Schäcker, H.-E. Entwicklung und System des Investmentsparens, Frankfurt 1961
- Schaudwet, M. Bankenkonglomerat und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Berlin 1961
- Schinnerer, E. Bankverträge, 3 Bde., 2. Aufl. Wien 1961-1963
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. Berlin und Frankfurt 1960-1966
- Schmidt, R. Rationalisierung und Privatrecht, in AcP 166 (1966), S. 1 ff.
- Schneider, E. Logik für Juristen. Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, Berlin und Frankfurt 1965
- Schönle, H. Die Einmann- und Strohmanngesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia, Diss. Freiburg (Schweiz) 1957
- Schork, L. Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, Köln, Berlin, Bonn und München 1965
- Schrempf, C. Ratgeber für Investmentsparer München 1960
- Schucany, E. Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl. Zürich 1960
- Schuler Die Kapitalgesellschaften, ihre Sondervermögen und Anteilsscheine, in NJW 1957, S. 1049-1053
- Schultze, A. Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Sonderdruck

- aus Iherings Jahrbuch Bd. 43, S. 1 ff., Jena 1901
- Schuster, J.B. Anlagefondsgesetz, Die Texte des AFG, der AFV und weiterer Nebengesetze mit Verweisungen und Anmerkungen, Zürich 1967
- Seischab, H Investment Trusts, Versuch einer Theorie und Systematik der Kapitalwertsicherungsbetriebe, Stuttgart 1931
- Senn, J.P. Les sociétés d'investissement en droit français et comparé, Diss. Nancy 1956
- Senn, W. Die westdeutschen Investmentgesellschaften als Mittel zur Förderung der Kapitalmarktpolitik, Diss. Nürnberg 1960
- Servien, L.-M. Les fonds de placement collectif en droit suisse (Investment Trusts), Diss. Lausanne 1958
- Tormann-Siara Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Kommentar, Frankfurt 1957
- Siebert, W. Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933
- Sieewart, A. Kommentar zum Obligationenrecht, Die Personengesellschaften (Art. 530-619); Bd. V, 4. Teil des Zürcher Kommentars, Komm. z. schweizer. ZGB, Zürich 1938
- Smith-Keenan English Law, 2. Aufl. London 1966
- Siemon, R. Investment Clubs - ein Vorschlag, in Das Wertpapier 1963, S. 770 f.
- Spoerri, R. Der Investment Trust nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1955
- von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. Berlin 1954-1963 (Staudinger-Bearbeiter)
- Stauder, B. Der bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag nach deutschen Recht unter Berücksichtigung der in der Schweiz und in Frankreich vertretenen Theorien zu seiner rechtlichen Qualifikation, Diss. Genf 1967
- von Steiger, F. Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 3. Aufl. Zürich 1966
- von Steiger, W. Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, in ZSR 62 (1943), S. 195 a ff.
- von Steiger, W. Das Obligationenrecht. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827); Bd. V, 5. Teil c des Zürcher Kommentars, Komm. z. schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1965
- Strässle, P. Die Vorschriften über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen in ihrer Anwendbarkeit auf die Gläubigergemeinschaft bei Genussscheinen, Diss. Freiburg (Schweiz) 1961
- Sutz, R. Der Immobilien Investment-Trust in der Schweiz, Diss. Zürich 1957
- Svoboda, K.J. Rechtsform der Personengesellschaft (OHG, KG) für Immobilien-Anlage-Gesellschaften zulässig? in NJW 1966, S. 684

- Szagunn-Neumann Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, Stuttgart 1961
- Tegethoff, G. Das Treuhandgeschäft der westdeutschen und amerikanischen Banken, Köln und Opladen 1963
- Tormann, W. Das neue Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in Das Wertpapier 1957, S. 142 ff.
- Tormann, W. Die Investmentgesellschaften, 2. Aufl. Frankfurt 1965
- Trost-Schütz Bankgeschäftliches Formularbuch, 16. Aufl. Berlin 1962
- Trumpler, H. Die Aktiengesellschaft nach dem Gesellschafts-, Bilanz- und Steuerrecht der USA, Basel 1942
- Tuor, P. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, bearbeitet von Schnyder, P., 7. Aufl. Zürich 1965
- Vallenthin, W. Die Neuregelung des Bankenstimmrechts im Aktiengesetz von 1965, in Bank-Betrieb 1965, S. 242 ff.
- Vernehmlassung der Vereinigung Schweizerischer Verwaltungsgesellschaften von Investment-Trusts zum Entwurf des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartements für ein Bundesgesetz über die Anlagefonds v. 13.10. 1961, Zürich 1961
- Walter, H. Machtzusammenballung und Vermögensbildung durch Investmentgesellschaften, Neuwied und Berlin 1963
- Weber Die allgemeinen Geschäftsbedingungen, Sonderdruck aus Staudinger-Weber, 11. Aufl. Bd. II Teil 1a, Berlin 1967
- Wechsler, U. Immobilienfonds, Taschenbücher für Geld, Bank und Börse, Band 51, Frankfurt 1968
- Weigel, H. Die Rechte der Inhaber von Anteilen an Immobilienanlagegesellschaften, Diss. Erlangen 1966
- Wendt, P. Treuhandverhältnisse nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Diss. Münster 1968
- Wiener, M. Investment-Novelle auch in Österreich, in ZfgK 1968, S. 820
- Will, C. Dach-Fonds in Deutschland, in Das Wertpapier 1968, S. 91-95
- Wolff-Raiser Sachenrecht, 11. Aufl. Tübingen 1964; s. a. Ennecerus-Wolff-Raiser
- Wüst, G. Die Investmentgesellschaft, ein Ordnungsprinzip des Privatrechts, Frankfurt und Berlin 1958
- 10 Jahre Investment in Deutschland. 10 Jahre Allgemeine Deutsche Investmentgesellschaft, München und Düsseldorf 1959
- Ziegler, A. Anleiheobligationen (Art. 1156-1184) und Schlussbestimmungen nach dem BG über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen, Bd. VII 6. Abtlg. des Berner Kommentars, Komm. zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1950
- Zimmerer-Schönle Kreditwesengesetz, Systematische Einführung und Kommentar, Wiesbaden 1962
- Die Aussonderung im schweizerischen Konkursrecht, Art. 242 SchKG, Diss. Freiburg (Schweiz) 1952
- Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, in RabelsZ. 1949/1950 S. 5-21

MATERIALIEN

I. Materialien zum KAGG:

1. Entwurf eines Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 19.3.1953, BT-Drucksache I/4199
Erste Lesung über den Entwurf eines Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften, Protokoll der 259. Sitzung des 1. Bundestages vom 15.4.1953, S. 12591 f.
2. Entwurf eines Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 9.7.1955, BT-Drucksache II/1585
Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Geld und Kredit über den 2. Entwurf eines Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 6.12.1956, Anlage zum Protokoll der 189. Sitzung des 2. Bundestages vom 1.2.1957 S. 10803 ff., BT-Drucksache II/2973
Zweite und dritte Lesung des Entwurfes eines Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften, Protokoll der 189. Sitzung des Bundestages vom 1.2.1957, S. 10757 ff.
Einberufung des Vermittlungsausschusses vom 22.2.1957, BT-Drucksache II/3235
Mündlicher Bericht des Vermittlungsausschusses zu dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 17.3.1957, BT-Drucksache II/3282
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 8.4.1959, BT-Drucksache III/967
Schriftlicher Bericht des Finanzausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 9.6.1960, BT-Drucksache III/1909
Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 18.3.1964, BT-Drucksache IV/2049
Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie zur Änderung des Gesetzes über die Kapitalanlagegesellschaften vom 13.9.1968, BR-Drucksache 489/68

nicht mehr berücksichtigt:

- Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 28.7.1969 (BGBl. I 986)

II. Materialien zum AFG:

Motion Rosset vom 26.6.1957

1. Entwurf des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartements zu einem Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 1.5.1961

Vernehmlassung der Vereinigung Schweizerischer Verwaltungsgesellschaften von Investment-Trusts vom 13.9.1961

2. Entwurf des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartements zu einem Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 30.6.1964

Entwurf des Bundesrates zu einem Gesetz über die Anlagefonds vom 23.11.1965, BBl. 1965 III 338 f.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 23.11.1965, BBl. 1965 III 258-337

Protokolle der nationalrätlichen Kommission vom 23./24.3.1966, Sten. Bull. NR 1966, S. 241-276

Protokolle der ständerätlichen Kommission vom 14.6.1966, Sten. Bull. StR 1966, S. 150-167

Prix de vente

DM 36,-